

*Pracowniemi Pana
Prof. Dr. F. Zollwari*

O POJĘCIU WŁASNOŚCI

z wyłączeniem wyjątków i ograniczeń

*prawy
autorskiej*

zarazem

jako przyczynek do nauki o źródłach prawa.

Napisał

Prof. Dr. Ignacy Łyskowski.

BIBLIOTEKA
Zakład Prawa Cywilnego
Uniwersytetu

L. kw.
103 254



LWÓW.

CZCIONKAMI DRUKARNI LUDOWEJ.

1902.



34643

Odbitka z „Przeglądu prawa i administracji“, r. 1902.

O pojęciu własności, zarazem jako przyczynek do nauki o źródłach prawa

napisał

Prof. Dr. Ignacy Łyskowski.

I.

Naukowe badanie kwestyi socyalnej zesrodkowuje się w badaniu trzech podstawowych zagadnień, mianowicie dowolnego rozporządzenia swym majątkiem na wypadek śmierci oraz w ogóle przejścia majątku po nieboszczyku na drugą indywidualną osobę, dalej wolności umowy zwłaszcza najmu pracy, a po trzecie pojęcia własności. Rozwiązanie tych trzech zagadnień stanowi jeżeli nie wprost o rozwiązaniu kwestyi socyalnej, to w każdym razie o zmniejszeniu istniejących przeciwieństw w stosunkach majątkowych, a skutkiem tego i w stosunkach społecznych.

Co do pierwszego zagadnienia, tyczącego się prawa spadkowego, to chodzi mianowicie o następujące rozumowanie. Przez przejście majątku z jednej indywidualnej osoby na drugą indywidualną osobę popiera się nagromadzenie majątku większego w danej osobie bez jej bezpośredniej pracy, a zatem tworzenie kapitału. Ponieważ zaś kapitał przyczynia się do wywołania większych przeciwieństw majątkowych, za-

tem tworzenie się kapitału, a skutkiem tego też przejście całego majątku z jednej osoby na drugą za pośrednictwem spadku, powinno być ograniczonym. Tak rozumują ekonomiści, którzy tworzenie się kapitałów uważają za jedną z głównych przyczyn wstrząśnień społecznych. Oczywiście jest rzecz, że w pierw dowiedzionem być musi, że kapitał jako taki jest czemś złem, zanim można przystąpić do ograniczenia jego tworzenia się. Albowiem nie ulega wątpliwości, że kapitał ma i dodatnie strony, gdyż niektóre zadania cywilizacyjne, n. p. wielkie przedsiębiorstwa, nie mogłyby być spełnione bez kapitałów. Wprawdzie te zadania cywilizacyjne mogą być spełnione tylko za pomocą kapitału, ale nie wymagają koniecznie kapitału jednostki. Te same zadania spełniać może „kapitał społeczny“¹⁾. Ale jest znów dalszą kwestya, czy kapitał społeczny potrafi w tej samej mierze spełnić te zadania, jak kapitał indywidualny. A dalej stwierdzić należałoby, dla czego, jeżeli kapitał jest czemś ekonomicznie złem, dla czego to odnosi się tylko do kapitału indywidualnego, a nie do kapitału społecznego. Gdzie mamy gwarancję, że kapitał społeczny nie będzie pociągał za sobą tych samych złych skutków społecznych, co kapitał indywidualny? A jeżeli jest słusznem żądaniem społecznem, aby prawo spadkowe indywidualnych osób było ograniczone²⁾, to nasuwa się dalsza kwestya, jak dalece powinno nastąpić to ograniczenie. Bo z drugiej strony zaprzeczyć się nie da, że przejście majątku po jednej jednostce na inną jednostkę, węzłem krwi z pierwszą połączoną (a to jest reguła przejścia spadkowego), stanowi w sobie tę wielką moralną i także ekonomicznie ważną ideę, że następną

¹⁾ Porówn. A. d. Wagner, *Volkswirtschaft und Recht*, w tegoż autora *Grundlegung der politischen Ökonomie*, 3. wyd. tom II. (1894) str. 12, 13, 39.

²⁾ A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen* 1890 str. 215, Zoll, *Römisches u. heutiges Intestaterbrecht* w *Grünhuta Zeitschrift f. d. Privat- u. öffentl. R.* XVII. str. 549. nast.

jednostka ma za zadanie kontynuowanie dorobku cywilizacyjnego uskutecznionego przez zmarłą jednostkę³⁾. Dalsza jest kwestya, czy ograniczenie prawa spadkowego nastąpić winno za pomocą cywilnego prawa lub też w innej formie n. p. przez podatek spadkowy⁴⁾. W dalszych konsekwencyach kwestya prawa spadkowego jest ściśle połączona z kwestyą własności. Albowiem gdzie istnieje własność indywidualna, tam przystąpić nie można do zniesienia prawa spadkowego⁵⁾. Z powyższego widać, że zagadnienie, tyżące się prawa spadkowego, bynajmniej nie jest jeszcze rozwiązaniem. To też ustawodawca nowego cywilnego kodeksu niemieckiego słusznie zaznacza, że społeczna strona prawa spadkowego jeszcze nie jest wystarczająco objaśnioną, aby ustawodawca mógł zająć już w obec tego ustawowe stanowisko, i że skutkiem tego ustawodawca oprzeć się może tylko na istniejących jeszcze stosunkach⁶⁾.

Co zaś do drugiego zagadnienia o wolności umowy, to chodzi głównie o konstrukcyę umowy najmu pracy^{6a)}. Ustawodawstwa nowoczesne stoją co do umowy najmu pracy na stanowisku wolności umowy. Pomiedzy pracodawcą a robotnikiem to ma być obowiązującym prawem, co strony z zobopólnej woli ustanawiają. Znana zasada prawa rzymskiego, ogłoszona już w ustawodawstwie XII tablic: *uti lingua nuncupassit ita ius esto*, stanowi jeszcze dzisiaj podstawę naszego prawa umowy. Tylko zasada wolności umowy,

³⁾ Porówn. Huber w *Z. f. schweizerisches Recht XXXVI* (1895) str. 562.

⁴⁾ Porówn. Eschenbach, *Erbrechtsreform u. Erbschaftssteuer* 1891.

⁵⁾ v. Scheel w *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* (Conrad, Elster), (I. wyd.) III. (1892) str. 290.

⁶⁾ *Motive z. B. G. B* tom V. str. 7. do §. 1753, 1754 pierwszego projektu. Takie samo stanowisko zajmuje ustawodawca szwajcarski w projekcie do nowego kodeksu cywilnego. Porówn. Huber, *Betrachtungen über die Vereinlichung des schweizerischen Erbreehts*. Basel 1895 str. 29.

^{6a)} Porówn. Lotmar, *der Arbeitsvertrag*. 2 Bde 1902.

tak słusznie rozumuje się, odpowiada całkowitemu uznaniu wolności indywidualnej. Skoro odbierzemy jednostce wolność uprawnienia i zobowiązania się za pomocą wolnej umowy, to tem odbieramy jej także wolność osobistą. Tem się tłumaczy, że nie śmiano ruszyć zasady o wolności umowy. Wprawdzie nie jest bez racji zarzut, że jednostka prawnie jest wolną w zawieraniu umowy, że jednakże często ekonomicznie jest zmuszoną do zawierania takiej umowy, jaką druga strona ofiarowuje. Odnosi się to tak do chlebodawcy jak do robotnika. Szukano rozwiązania kwestyi w ten sposób, że przeniesiono kwestyę z prawa prywatnego do prawa publicznego i próbowano konstrukcyi umowy najmu pracy na podstawie prawa publicznego. Ale zadowalniającej konstrukcyi i w ten sposób nie znaleziono. Zatem najlepszą konstrukcyą umowy najmu pracy pozostaje zawsze jeszcze ta, iż w zasadzie zachowuje się wolność umowy, jednakże otacza się tę wolność niektórymi ograniczeniami ustawowemi, które stanowią poniekąd korektywę wolności umowy⁷⁾. Chlebodawca i robotnik są wolni w zawieraniu umowy, to znaczy, wolno im umowę zawrzeć lub nie: jeżeli zaś ją zawierają, to zmuszeni są oni zawierać ją z temi zastrzeżeniami, jakie ustawa nakazuje; a nawet uważa się te ustawowe zastrzeżenia za *implicite* zawarte w umowie. Na tem stanowisku stoi też nowy niemiecki kodeks handlowy z 10. maja 1897 w I. księdze, rozdziale 6. o pomocnikach i uczniach handlowych. Tak samo rozumieć należy prawną doniosłość nowoczesnego ustawodawstwa fabrycznego oraz przymusowej asekuracji robotników⁸⁾.

Trzecie zaś zagadnienie, tyżące się pojęcia własności, jest prawie najważniejsze i najgłębiej sięgające w stosunki społeczne.

⁷⁾ Porówn. I. Kohler. *Zur Konstruktion des Arbeitsvertrags* w *Arch. f. civ. Praxis* tom 84 str. 1 następ.

⁸⁾ Porówn. Ad. Wagner, *Volkswirtschaft u. Recht* str. 19. §. 10. i Cornil, *Du contrat de travail* 1894.

W badaniach zagadnienia o własności rozróżnić możemy dwa obozy, jeden rewolucyjny a drugi ewolucyjny. Obóz rewolucyjny zamierza znieść własność całkowicie⁹⁾. Ale zwolennicy tego obozu jeszcze nie potrafili się porozumieć, w jaki sposób ma nastąpić zniesienie własności¹⁰⁾. Czy własność cała ma być oddaną państwu, czy też gminie, czy też spółkom robotniczym, to są kwestye rozstrząsane ale jeszcze nie rozstrzygnięte w tym obozie¹¹⁾. To też oczywiście nie może być jeszcze mowy o prawniczem sformułowaniu tych dążeń. Obóz ewolucyjny natomiast nie dąży do zniesienia własności indywidualnej, lecz szuka dla pojęcia własności takiego określenia, aby już w samem pojęciu własności uwydatniał się obowiązek właściciela do liczenia się z potrzebami swych bliźnich¹²⁾. Ale ze stanowiska prawniczego musimy z drugiej strony żądać, żeby pojęcie własności, liczące się z potrzebami bliźnich, było tak określone, aby sędzia mógł praktycznie zastosować to pojęcie¹³⁾. To zaś ostatnie żądanie postawione przez prawników nie zostało dotąd urzeczywistnione przez żadne określenie pojęcia własności podane przez ekonomistów¹⁴⁾. To też zasługa ekono-

⁹⁾ Porówn. A. Menger, *Recht auf den vollen Arbeitsertrag* 1891 str. 74 następ.

¹⁰⁾ Porówn. A. d. Wagner, *Volkswirtschaft u. Recht* str. 13, 20. §. 7. Wagner trątnie krytykuje gorączkowe i dyletanckie pomysły licznych reformatörów społecznych.

¹¹⁾ Porówn. A. Menger, *Recht auf den vollen Arbeitsertrag* str. 102 następ., str. 108, 156 następ.

¹²⁾ Ad Wagner *Volkswirtschaft u. Recht*, str. 181 nast., str. 263 następ.

¹³⁾ Na to nacisk kłaść należy i zarzut Wagnera, l. c. str. 265, jest nieuzasadniony. Bo cóż nam pomoże pojęcie własności, zadawalniająca ekonomistów, jeżeli ono nie da się praktycznie zastosować?

¹⁴⁾ Porówn. Samter, *Das Eigenthum in seiner socialen Bedeutung* 1879, str. 3 następ.

mistów polega dotąd tylko na tem, że wykazywali wadliwość dotychczas przez prawników przyjętego pojęcia własności¹⁵⁾. Krytyka ich głównie jest skierowaną przeciw pojęciu, które własność podaje jako „nieograniczone władztwo“ nad rzeczą fizyczną¹⁶⁾

Słusznie Ad. Wagner¹⁷⁾ zwraca uwagę na to, że takie pojęcie własności nie zgadza się z prawnym stanem rzeczy, gdyż ustawodawca za naszych czasów wylicza zwykle wyraźnie ograniczenia własności. Te więc ograniczenia powinny co najmniej być uwzględnione w samem określeniu pojęcia. Wagner sam podaje takie pojęcie własności: „Własność jest to najwyższa przez prawo (ustawę) dopuszczona forma prawnego władztwa osoby nad zewnętrznym majątkiem“¹⁸⁾. Niedostateczność tego określenia jest oczywista. Pojęcie takie obejmuje nasamprzód także niezmysłowe rzeczy, gdyż i te należą do majątku. To zaś obala nasz cały system prawny, który własność odnosi tylko do rzeczy fizycznych. A chociażby dałaby się traktować ta kwestya, to nie widać żadnej praktycznej korzyści z tego. Co najmniej należałoby to przeprowadzić dla całego systemu. Po drugie zaś definicya Wagnera nie różni się tyle od panującego zapatrywania, gdyż ona przyjmuje jako podstawę pojęcia także „władztwo“. Określenie zaś „najwyższa forma“ władztwa jest zanadto ogólnikowem i nie uwzględnia też w żaden sposób społecznych potrzeb. „Najwyższa forma“ władztwa nie różni się wielce od „ogólnego“, a nawet „nieograniczonego“ władztwa. Bo według definicyi Wagnera własność jest tylko o tyle ograniczoną,

¹⁵⁾ Porówn. Baron w recenzji pierwszego tomu Ad. Wagnera, *Grundlegung der politischen Ökonomie*, w *Kritische Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft*. Hrsggb. von Brinz u. Pozl, XIX. (1877) str. 379 następn.

¹⁶⁾ Ad. Wagner, l. c. str. 265 — 268.

¹⁷⁾ l. c. str. 269.

¹⁸⁾ l. c. 271.

o ile ustawa te ograniczenia wyraźnie zaznacza. Definicja Wagnera nie może zatem zadowolnić ani prawników ani ekonomistów.

Ekonomistów mianowicie dla tego nie, ponieważ w definicji Wagnera niema żadnego wskazania na potrzeby ekonomiczne, niema czynnika ekonomicznego zawartego w samym pojęciu własności. A jednakowoż słusznie Wagner stawia takie żądanie. „Z ekonomicznego i społecznego stanowiska, mówi Wagner¹⁹⁾, nie możemy uznać żadnego określenia pojęcia własności, z którego ostatecznie wynika absolutna własność, to znaczy taka, która co do treści swej zależną jest tylko od indywidualnej woli właściciela. Tego rodzaju zaś są czysto-prywatnoprawne definicje własności“. Słusznie domaga się Wagner społecznego czynnika w samym pojęciu własności, inaczej nie można mówić o społecznym określeniu tego tak ważnego pojęcia²⁰⁾. Ale czy definicja Wagnera odpowiada wymogom przez Wagnera postawionym? Bynajmniej! Boć według Wagnera decyduje także wyłącznie właściciel na podstawie swej indywidualnej woli o treści swej własności. Że właściciel musi się obracać w granicach przez prawo nakreślonych²¹⁾, nie jest nowością w definicjach własności²²⁾. Jedyna istotna nowość w definicji Wagnera polega na rozciągnięciu własności także do rzeczy niezmysłowych, przez co atoli upada przedział pomiędzy prawem rzeczowym i obligacyjnym. Ponieważ zaś ten przedział okazał się praktycznym dotąd od czasów rzymskich

¹⁹⁾ *Grundlegung der polit. Ökonomie* I. str. 499.

²⁰⁾ Na tem stanowisku stoi także Ihering, zwłaszcza w dziele: *Zweck im Recht*, chociaż Ihering, wprost nie podaje pojęcia własności.

²¹⁾ „Najwyższa przez prawo dopuszczona forma prawnego władztwa“. Powtórzenie przez prawo i prawnego jest zbyteczne.

²²⁾ Porówn. Till, *Prawo pryw. austriackie* II. str. 9.

zaczawszy²³⁾, zatem usunięcie tego przedziału powinno zostać co najmniej obszernie uzasadnionem²⁴⁾). Jednakże, naszym zdaniem, W a g n e r p o s u n ą ł n a u k ę o p o j ę c i u w ł a s n o ś c i o z n a c z n y k r o k d a l e j, i t o, chociaż baczyć będziemy tylko na jego krytykę pojęcia własności, a nie weźmiemy w rachubę jego cennych wywodów dotyczących się powstania własności i tłómaczenia tego dziejowego zagadnienia, tak z historycznego jak ekonomicznego stanowiska²⁵⁾). Największą zasługę Wagnera upatrujemy w tem, iż stawia on jasno i ściśle żądanie, decydujące dla rozwiązania zagadnienia o pojęciu własności, mianowicie, aby pojęcie własności zostało tak określone, żeby według tego pojęcia treść własności nie była wyłącznie zależną od woli indywidualnej właściciela²⁶⁾).

Jak trudnem jest rozwiązanie zagadnienia i sformułowanie pojęcia własności tak, aby ono w sobie samem mieściło wzgląd na społeczne potrzeby, widać z tego, że i ekonomiści, stojący na stanowisku społecznego określenia własności, wracają często do utartego określenia. I tak n. p. S a m t e r²⁷⁾ określa własność jako „wyłączne władztwo nad rzeczami, przydzielone przez ustrój prawny osobom indywidualnym lub wspólnotom osobistym (związkom, państwu, gminie)“.

²³⁾ Rzeczowe prawo skierowane jest przeciw każdemu, który jemu staje na przeszkodzie; obligacyjne prawo zaś skierowane jest tylko przeciw pewnej osobie: najważniejsza to różnica pomiędzy prawem rzeczowym a obligacyjnym

²⁴⁾ Za zatrzymaniem tego przedziału, a zatem też pojęcia własności tylko w odnoszeniu do rzeczy fizycznych przemawia także z ekonomicznego stanowiska słusznie S a m t e r, *Eigentum*, str. 4--6.

²⁵⁾ *Wirtschaft u. Recht*, str. 210—260.

²⁶⁾ Porówn. też S a m t e r, *Eigentum*, str. 26 następn

²⁷⁾ *Eigentum*, str. 36.

jest, że autor zaznacza, iż własność przystaje nie tylko osobie indywidualnej. To też autor w harmonii własności indywidualnej i łącznej upatruje jedyną drogę do rozwiązania zagadnienia²⁸⁾.

Naszem zdaniem słuszną drogę ku rozwiązaniu zagadnienia wskazuje W a g n e r, żądając, aby pojęcie własności mieściło w sobie czynnik, wskazujący na ograniczenie własności ze względu na potrzeby społeczne. Nad tem bliżej zastanowić się należy. Mianowicie należy roztrząsać kwestyę, ażali prawne pojęcie może wogóle mieścić w sobie taki ekonomiczny czynnik. Rozpatrując nasze pojęcia prawnicze, zauważyć możemy, iż one są natury filologicznej, abstrakcyjno-logicznej. Obligacya jest obowiązkiem dłużnika do dania lub czynienia lub świadczenia czego wobec wierzyciela, prawo spadkowe jest przejściem dziedzica w ogół stósunków majątkowych nieboszczyka i t. d. Z reguły nie natrafiamy na jakieś ekonomiczne, na jakieś społeczne określenie pojęcia. Rozumie się, że prawo uwzględnia ekonomiczne i społeczne stósunki, ale w zewnętrznej formie samych pojęć nie uwydatnia się ten wzgląd. Na tem stanowisku stoi prawo rzymskie i za jego przykładem poszły wszystkie nowoczesne prawa. Jest to niewątpliwie zaletą prawa. Albowiem, jeżeli prawo ma uregulować stósunki pomiędzy ludźmi, które przeważnie są ekonomicznej natury, to prawo musi nam wskazać środki niezawisłe od tych ekonomicznych stósunków, a zatem abstrakcyjne. Uregulowanie stósunków ekonomicznych za pomocą środków natury ekonomicznej równałoby się określeniu pojęcia przez samo pojęcie n. p. prawo jest prawem, które itd. Tylko podanie środków po za stósnkami ekonomicznymi stojących może uregulować te stósunki ekonomiczne. Albowiem te środki mają być właśnie miarą dla tych stósunków ekonomicznych; a zatem ta

²⁸⁾ *Eigenthum*, str. 500 następ.

miara nie może być z swej strony czemś ekonomicznem, lecz musi stać po za obrębem ekonomicznych stósunków. Rozumie się, że te środki prawne nie mogą być dowolne, lecz one muszą stać w związku i wzajemnym stósunku do potrzeb ekonomicznych i społecznych ludzi, to znaczy, pojęcia prawne muszą wyrastać z jednej strony z stósunków ekonomicznych, z drugiej zaś strony muszą znów oddziaływać na te stósunki ekonomiczne. Ale same pojęcia są i muszą być abstrakcyjnymi. Stołu ja mierzyć nie mogą innym stołem, lecz czemś, co jest po za obrębem rodzaju stołów, t. j. metrem, pojęciem abstrakcyjnym. Kwestyę tę badać należy przedewszystkiem w prawie rzymskim, gdyż prawo rzymskie jest naszym pierwowzorem ustroju prawnego. Ta abstrakcyjna natura pojęć prawniczych jest konieczną istotą tych pojęć. Albowiem tylko za pomocą tej abstrakcyjnej natury pojęcia prawne mogą mierzyć jednako wszystkie stósunki ekonomiczne i społeczne ludzi. A równość jest pierwszym i najgłówniejszym postulatem prawa. Ale medal ma dwie strony. Tak też abstrakcyjna natura pojęć prawnych ma prócz wspomnianej dodatniej strony także ujemną stronę. Boć, jeżeli pojęcia prawne są abstrakcyjne, to z tego wynika, że pojęcie przy wytworzeniu się wprawdzie uwzględniło stósunki ekonomiczne, gdyż zwykle, choć bynajmniej nie wyłącznie²⁹⁾, pojęcia prawne powstają z potrzeb ekonomicznych, ale w dalszem zastosowaniu to pojęcie już nie bierze względów na potrzeby ekonomiczne w danym razie; ono działa, raz stworzone, abstrakcyjnie, to znaczy bez oglądania się na skutki ekonomiczne tego zastosowania w danym wypadku. Z tej abstrakcyjnej natury pojęć prawnych tłómaczy się rozbrat pomiędzy prawem a życiem praktycznym. Życie praktyczne wytwarza nowe potrzeby ekonomiczne i społeczne, i skoro w samym pojęciu te

²⁹⁾ Działają na wytworzenie pojęć prawnych także tradycja, zapatrywanie religijne i ogólno-etyczne.

potrzeby nie są *implicite* uwzględnione, to sędzia tych nowych potrzeb już uwzględnić nie może. Inna byłaby rzecz, gdyby w samym pojęciu prawnym było powiedziane, że rozstrzygnięcie pewnej kwestyi nie jest dane abstrakcyjnie, lecz że należy w danym wypadku rozstrzygnąć kwestyę według potrzeb ekonomicznych czy społecznych, czy moralnych. W tym wypadku oprócz abstrakcyjnego określenia byłyby źródłem prawa także te względy społeczne. Ale rozumie się, że takie odesłanie do innych względów może nastąpić tylko wyjątkowo, jeżeli nie chcemy zatracić korzyści wynikłej z abstrakcyjnej natury pojęć prawnych. Badając tę kwestyę w prawie rzymskiem, należy zwrócić się do kwestyi o źródłach prawa.

Źródłami prawa w formalnem znaczeniu są w prawie rzymskiem tylko *lex* i *imperium magistratus*³⁰⁾. Obok tego wchodzi w rachubę prawo zwyczajowe, które jednakże nie odgrywało wielkiej roli⁴¹⁾. *Responsa prudentium* także są niewątpliwie uważane za źródło prawa³²⁾. Ale stanowisko tych orzeczeń prawników jest odrębne. One są poniekąd tylko przez uprzywilejowanie tych prawników uznanem tłumaczeniem istniejącego prawa. Dlatego one mają tylko rolę uzupełniającą³³⁾, choć niejedna nowa zasada przez nie została wprowadzona. Podobne jest stanowisko nauki prawa. Ale skąd to pochodzi, że obok *ius civile* i *honorarium*

³⁰⁾ Wlassak, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen* 1884, Pernice, *Labo* II², 1. str. 163 nr. 3. „Das Klagrecht beruht entweder auf dem *ius* oder auf dem *imperium*“.

³¹⁾ Pernice, *Zum römischen Gewohnheitsrechte Parerga* X, str. 4, 25 następn. (*Z. d. Sav. St.* XX. str. 128, 149), oraz *Nachtrag über Gewohnheitsrecht und ungeschriebenes Recht* w *Z. d. Sav St* XXII, (1901) str. 59 następn.

⁴²⁾ Pernice, l. c. *Parerga* X str. 19, (*Z. d. Sav. St.* XX. str. 143).

³³⁾ Tak też Pernice l. c. str. 22⁵ (*Z. d. Sav. St.* XX. str. 146).

źródła nasze tak często wspominają o *ius gentium*, *ius aequum*? Naszem zdaniem zważać należy na ogólną strukturę prawa rzymskiego, wówczas zrozumiemy, jakie zadanie mają *ius gentium* i *ius aequum*. Prawo rzymskie pojmuje prawo z wysokiego etycznego stanowiska. Prawo jest, lub ma być urzeczywistnieniem sprawiedliwości. Słusznie Lotmar³⁴⁾ podnosi, że, jeżeli jeden z koryfeuszów prawników rzymskich, Ulpian fr. 10. §. 1. de J. et J. 1, 1. mówi: *uris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* to nie chciał on tylko postawić wymagania do prawa, lecz stawia zasadę, jaką urzeczywistnia prawo przez niego traktowane. Ale sprawiedliwość jest pojęciem nie dosyć pochwytne. Nie wystarczy powiedzieć, że prawo jest urzeczywistnieniem sprawiedliwości, lecz należy wskazać środki i sposoby tego urzeczywistnienia. Tymi środkami i sposobami są właśnie źródła prawa, a zatem *lex* i *imperium*, oraz pojęcia i instytucje prawne przez naukę na podstawie nakazów i zakazów ustawy i rozporządzeń magistratualnych wytwarzane. Te pojęcia i instytucje prawne, zastosowane jednakowo we wszystkich praktycznych wypadkach judykatury, dają gwarancję, że wszystkie spory będą jednakowo rozstrzygnięte. A równość jest pierwszym postulatem sprawiedliwości. Jasna jest rzecz jednakże, że pojęcia i instytucje prawne jako wytwór ułomnego ducha ludzkiego będą nosiły na sobie cechę tej ułomności. Dla tego sprawiedliwa judykatura po za formami prawa, po za pojęciami i instytucjami potrzebuje jeszcze jakiegoś korektywu, aby mogła w każdym wypadku wydać wyrok sprawiedliwy. Tym korektywem są w prawie rzymskiem względy na ogólną moralność, na ogólne poczucie uczciwości oraz względy na potrzeby społeczne i gospodarskie. W jaki sposób prawo rzymskie urzeczywistniło ten wzgląd na etykę i potrzeby gospodarskie? Otóż w ten sposób, że prawo

³⁴⁾ *Der unmoralische Vertrag* 1896 str. 13.

w danym wypadku wprost wskazywało, aby w tym wypadku uwzględniono czynniki poza ścisłym prawem stojące. Przez to prawo osiągnęło dwojaki skutek. Po pierwsze sędzia mógł uwzględnić tylko wówczas czynniki poza formami prawa stojące, jeżeli do tego przez prawo był wyraźnie upowazniony. Przez to zachowało się strukturę ustroju prawnego w całości i chroniło się judykaturę od tego, że w imię sprawiedliwości nie puściła się na manowce, lecz trzymała się abstrakcyjnych zasad, bez których żadne prawo istnieć nie może³⁵). Wyrok ma być sprawiedliwym, to jest pustą frazes, jeżeli nie podaje się zasad, według których sprawiedliwy wyrok zostaje osiągniętym. Po drugie prawo miało w swym rozwoju za zadanie, aby we wszystkich wypadkach, w których dla osiągnięcia sprawiedliwego wyroku nie wystarczało zastosowanie ścisłego prawa, wskazało czynniki, które judykatura uwzględnić miała. To wskazanie tych czynników, czy to moralnych lub społecznych i gospodarskich musiało nastąpić przez odpowiednie sformułowanie pojęć i instytucji prawnych. Że tak prawo rzymskie postępowało, na to mamy dowody.

1. Prawo rzymskie mówi, że umowa, która sprzeciwia się dobremu obyczajom, która jest *contra bonos mores*, jest nieważną.

Ulpian fr. 26. de V. O. 45, 1. *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.*

C. 6. de pactis 2, 3 cesarza Antonina z r. 213: *Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim haberi indubitati iuris est*³⁶).

Co zaś się sprzeciwia dobremu obyczajom, na to prawo nie daje odpowiedzi, to jest kwestyą nie różstrzyganą przez prawo, lecz przez powszechne zapatry-

³⁵) „Damit nicht alles in einen Brei aufgelöst werde“, jak z humorem raz wyraził się Brinz.

³⁶) Porówn. Lotmar, l c str. 52 następn

wanie etyczne, przez powszechną moralność³⁷⁾. A zatem prawo w tych wypadkach posiłkuje się powszechną moralnością w celu sprawiedliwej judykatury. Prawo zastosowuje zatem nie tylko pojęcia i instytucje prawne, lecz także nakazy i zakazy moralności³⁸⁾. Ale czyni to prawo w ten sposób, że ściśle określa, kiedy ma być uwzględniona powszechna moralność i jaki ma być tego prawny skutek (tylko przy umowie — nieważność umowy). W ten sposób prawo z jednej strony staje w styczności z powszechnymi zapatrywaniami o moralności, z drugiej zaś strony daje pewne określenie, chroniące prawo od zabagnienia, od puszczania się na pole niepochwytnych uczuć. Rozumie się, że przez to prawo przyjmuje do swego systemu także czynnik, popierający rozwój prawa i umożliwiający uwzględnienie nowych wymagań moralności. Albowiem co dzisiaj jest jeszcze uważane za moralne, za 10 lat może już sprzeciwić się moralności według powszechnego zapatrywania. Prawo w tym wypadku nie potrzebuje uciekać się do nowych ustaw, jak to z taką pochopnością czyni nowoczesny ustawodawca. Sędzia na podstawie upoważnienia do uwzględnienia moralności może bez trudności zadosyćuczynić nowym tej moralności wymaganiom. System prawny przez to pozostaje nietkniętym — a to jest bądź co bądź wielką zaletą prawa, pozwalającą normalny i spokojny rozwój w kierunku ewolucyjnym.

2. W *bonae fidei iudicium* sędzia był obowiązany przyznać powodowi wszystko, co uważa za słuszne według zapatrywania uczciwych ludzi. *Quidquid ob eam rem N^m A^o dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N^m A^o condemna, nisi restituet. S. n. p. a.*, tak brzmiała formułka dla *bonae fidei iudicium*³⁹⁾. *Bona fides* nie oznacza tu jakiegoś usposobienia strony, lecz przedmiotowo

³⁷⁾ Tak też Lotmar, l. c. str. 75/76

³⁸⁾ Porówn. też Piniński, *Eigentumsbegriff* str. 108. uw. na końcu.

³⁹⁾ Porówn. Lenel, *Ed. perp.* str. 230

to, co się komu należy według zapatrywania uczciwych ludzi⁴⁰). A zatem *bona fides* oznacza tu co innego, jak w prawie rzeczowem przy zasiedzeniu, gdzie *bona fides* jest „dobrą wiarą“ strony, a zatem czemś podmiotowem⁴¹). Prawo bierze więc wzgląd na coś, co stoi po za obrębem prawa, a mianowicie na zapatrywanie „uczciwych ludzi“. Że ta *bona fides* w obligacyjnem prawie jest czemś po za obrębem prawa stojącym, wywodzi obszernie Tryphoninus⁴²) na jednym przykładzie. Prawnik rzymski wyraźnie pyta, czy tę *bonam fidem* w prawie obligacyjnem rozumieć należy według ogólnego zapatrywania, które on nazywa w tym wypadku *merum ius gentium* czy też jako część prawa cywilnego, a więc w obrębie zasad ustroju prawnego.

*Bona fides quae in contractibus exigitur*⁴³) *aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis?*

Jako przykład podaje między innymi Tryphoninus następujący. Złodziej wziął mi broję i deponował ją u Seiusa, który nic nie wie o pochodzeniu tej zbroi. Pytanie, czy Seius powinien mnie zwrócić tę broję czy też złodziejowi. Według zasad prawa Seius jest obowiązany zwrócić broję deponentowi, a zatem złodziejowi.

Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto con-

⁴⁰) Jest to wielką zasługą Pernice'go, że on pierwszy szczegółowo i gruntownie określił znaczenie tej *bonae fidei* w *bonae f. iudicium*. Porówn. *Labeo* II², 1. str. 170⁶, 171, 172, 190, 194 następn. 272, także Mommsen, *Röm. Staatsrecht* II³ str. 463.

⁴¹) Pernice, *Labeo* II², 1. str. 310, 311, 460.

⁴²) *Libro nono disputationum* w fr. 31 depos. 16, 3.

⁴³) Tryphoninus wyraźnie mówi o *bona fides* w umowach, a zatem odróżnia ją od *bona fides* w prawie rzeczowem n. p. przy zasiedzeniu.

tinguntur impletur, mihi reddenda sunt — et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione.

Jeżeli zatem sędzia się dowie, że zbroja była ukradziona, w takim razie nie powinien zasądzić pozwanego depozytariusza do wydania zbroi deponentowi. Takie upoważnienie ma sędzia oczywiście tylko na podstawie dodatku w formułce, który jemu nakazuje zasądzenie pozwanego *ex fide bona*. Tryphoninus wyraźnie zaznacza, że tu sędzia nie rozstrzyga według zasad prawa, lecz folgując poczuciu sprawiedliwości (*hanc esse iustitiam*), a zatem zastosowując czynnik po za prawem będący⁴⁴).

To „zapatrywanie uczciwych ludzi“ oczywiście nie jest źródłem prawa w formalnem znaczeniu tego wyrazu, a jednakowoż jest ono miarodajnem dla prawa. Można powiedzieć, że to zapatrywanie „uczciwych ludzi“ jest pomocniczem źródłem prawa, gdyż od tego zapatrywania zależy, co sędzia w *bonae fidei iudicium* przyznaje powodowi. Mamy tu przed sobą to samo co powyżej przytoczyliśmy o umowie *contra bonos mores*. A zatem znów czynnik ogólnospołeczny, a nie czysto prawny! Co odpowiada zapatrywaniu uczciwych ludzi, to oczywiście nie jest z góry przez prawo określone, to jest kwestyą panującego powszechnego zapatrywania uczciwych ludzi, które sędziemu musi być znanem. W ten sposób *officium iudicis* zostało znacznie rozszerzone⁴⁵). Z drugiej strony charakterystycznym jest dla rzymskiego prawa, że z czasem wytworzyły się pewne zasady, które przyjęto na podstawie rozumowania, iż pewne zachowanie w każdym razie odpowiada zapatrywaniu uczciwych ludzi. Taką zasadą jest, że strona odpowiada za wszelkie złe postępowanie w stosunku umownym⁴⁶), że umowy poboczne zostają uwzglę-

⁴⁴) Porówn. do powyższego orzeczenia Tryphonina także Pernice, *Labeo* II², 1. str. 171 uw. 1

⁴⁵) Porówn. Pernice *Labeo* II², 1. str. 162 uw. 3.

⁴⁶) Pernice, *Labeo* II², 1. str. 173.

dnione, choć one nie były formalnie zawarte (*in bonae fidei iudiciis pacta adiecta insunt*, i inne⁴⁷). Ponieważ zaś prawo w *bonae fidei iudicium* uwzględnia powszechną uczciwość, znów charakterystycznym jest, że zostało ograniczonem do ściśle określonych wypadków. Do *bonae fidei iudicium* nie prowadzą bynajmniej wszystkie stosunki prawne, lecz tylko te, które prawo wyraźnie wymienia⁴⁸). Widocznem prawie jest, jak prawo rzymskie stawia sobie naprzód wysoki cel, do którego dąży (urzeczywistnienie *bonae fidei*, powszechnej uczciwości), a potem stara się wskazać drogi, jakimi do owego celu dojść można, stara się ująć szczytny cel w konkretne zasady, aby z jednej strony stało się zadaniem wielkiemu prawu, z drugiej zaś strony prawo nie przestało się kierować ścisłymi zasadami, puszczając się na drogę ogólnikowych frazesów.

3. *Jus gentium* ma w źródłach naszych rozmaite znaczenia. Mianowicie rozróżnić możemy trzy znaczenia⁴⁹):

Po pierwsze oznacza ono zasady prawne, obowiązujące w stosunkach jednego narodu do drugiego, a zatem to, co my nazywamy dzisiaj prawem międzynarodowem. Do *ius gentium* w tem znaczeniu należą zasady zachowywane w obec posłów, jako przedstawicieli danego narodu, prawo wojenne, prawo dotyczące się łupu itp.⁵⁰). *Jus gentium* jest w tem znaczeniu źródłem prawa międzynarodowego, w tych ciasnych granicach, w których u Rzymian możemy mówić o prawie międzyna-

⁴⁷) Por. Pernice, *Labeo* II², 1 str. 173 nast.

⁴⁸) Do nich należą tylko majątkowe *actiones civiles* z intencją *incerta*, które wymienia G IV 62, mianowicie nie należą do nich *actiones in factum conceptae*, rzeczowe skargi i skargi z przestępstwa Por. też Pernice, *Labeo* II², 1 str. 162 uw. 3.

⁴⁹) Porówn. Pernice, *Parerga* X. str. 14² (*Z. d. Sav. St.* XX. (1899) str. 138), P. Krüger, *Rechtsquellen* str. 43.³⁰ 44.

⁵⁰) Porówn. Pernice, *Parerga* X. str. 14².

rodowem⁵¹⁾. Nas to znaczenie *iuris gentium* w prawie prywatnem nie obchodzi.

Po drugie oznacza *ius gentium* tyle co naturalne, przyrodzone zasady prawne, które wynikają z natury ludzkiej i stosunków ogólnoludzkich. Te zasady nazywane są *ius gentium*, ponieważ jako naturalne u wszystkich narodów są przestrzegane.

Do takich, zasad zaliczają się uzyskanie własności przez tradycję, *alluvio* i zawładnięcie, dalej dziedziczenie dzieci, wykluczenie małżeństwa w prostej linii itp.⁵²⁾. W tem znaczeniu *ius gentium* jest źródłem prawa, ale tylko o tyle, o ile dana zasada zwyczajowo u Rzymian została przyjęta. Formalnie zatem źródłem prawa jest w tych wypadkach prawo zwyczajowe. Dla tego Gaius mówi, iż przy zasadzie *iuris gentium* zważyć należy, czy prawo cywilne nie zmieniło czasem tej zasady. Wspomina on uchwałę senatu za Hadryana powziętą, według której dziecko zrodzone z Latyna i peregrynki lub z peregryna i Latynki idzie za stanem matki. Jako konsekwencyę tej zasady uważa on, że dziecko zrodzone z niewolniczki i wolnego jest niewolnikiem. Dodaje on przytem, że to jest *iure gentium*.

G. I 82. *Illud quoque his consequens est, quod ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur.*

Powołuje się Gaius na *ius gentium*, choć z początku uważał tę zasadę jako konsekwencyę uchwały senatu. *Jus gentium* zatem ma walor, ponieważ nie sprzeciwia się prawu cywilnemu. Dla tego też Gaius jako ogólną zasadę dodaje:

G. I 83. *Animadvertere tamen debemus, ne iuris gentium regulam vel lex aliqua vel quod vicem obtinet, aliquo casu commutaverit.*

⁵¹⁾ Gaius fr. 5 § 7 de A. R. D. 41, 1 *quae ex hostibus capiuntur, iure gentium statim captivum fiunt.*

⁵²⁾ Porówn. Pernice, *Parerga* X. str. 14², ³.

A zatem te ogólnoludzkie zapatrywania przestrzegać należy w prawie, ale tylko o tyle, o ile prawo cywilne nie jest przeciwne temu. Zatem prawo cywilne musi poniekąd milcząco sankcjonować to *ius gentium*. Jako przykład zmiany *iuris gentium* przez prawo cywilne podaje Gaius *senatus consultum Claudianum*, którą to uchwałę zniósł cesarz Hadryan, przywracając tem zasadę *iuris gentium*.

G. I 84: *restituit iuris gentium regulam, ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat.*

Co do objętości, to *ius gentium* w tem znaczeniu zajmowało tylko małą przestrzeń w prawie rzymskiem⁵³). Można powiedzieć, że ono obejmuje te zasady prawne, które jako naturalne u wszystkich narodów są przestrzegane i które z w y c z a j o w o także przez Rzymian przyjętymi zostały⁵⁴). To też Gaius stawia *ius gentium* w tych wypadkach wprost na równi z prawem naturalnem.

G. II 65. *Ergo ex his quae diximus apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur⁵⁵), quaedam civili, nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.*

Źródłem prawa w formalnem znaczeniu zatem nie jest *ius gentium* w tych wypadkach^{55 a}). Pomiędzy źródłami prawa nigdzie nie jest wyliczone *ius gentium*. Także nie możemy nazwać *ius gentium* pomocniczem źródłem prawa, gdyż nigdzie nie jest powiedzianem, jak w *bonae fidei iudicium* o *bona fides*, że kwestya ma być rozstrzygnięta, jak *ius gentium* nakazuje. Zawsze tylko powiedzianem

⁵³) Porówn. Krüger, *Rechtsquellen*, str. 44.

⁵⁴) Baron, *Peregrinenrecht u. ius gentium* w *Festschrift zum 50-jährigen Doctorjubiläum von R. v. Ihering*, 1892, uważa, że wszystkie zasady i instytucje *iuris gentium* powstały teoretycznie z porównania praw różnych narodów. Baron przyjmuje zatem jednolite znaczenie *iuris gentium* i nie odróżnia kategorii, jak my to czynimy powyżej.

⁵⁵) *Traditio* uważaną jest za pochodzącą z *ius gentium*. Gaius fr. 9 § 3 de A. R. D. 41, 1.

^{55 a}) Tak też P. Krüger *Rechtsquellen*, str. 126 (§ 17).

jest, że ta lub owa zasada pochodzi z *ius gentium*. Brzmi to poniekąd na pochwałę prawa rzymskiego, kiedy prawnicy podnoszą, że pewna zasada jest *iuris gentium*, przez co wskazują na zgodę prawa rzymskiego z prawami innych narodów, z zasadami powszechnie przyjętymi. U Rzymian zaś te zasady tylko o tyle miały moc obowiązującą, o ile z y c z a j o w o w ustroju rzymskim były przestrzegane.

P o t r z e c i e należą do *ius gentium* liczne instytucje prawne, które powstały z praktycznego obrotu pomiędzy ludźmi⁵⁶). Potrzeby życia wszędzie wytwarzają formy obrotu, które z czasem stają się prawnymi formami. Do *ius gentium* w tem znaczeniu należą przede wszystkim liczne akty prawne, powstałe z praktycznego obrotu, jak kupno i sprzedaż, najem, spółka, pożyczka, depozyt, *precarium*, prawdopodobnie także zlecenie i umowa zastawu, dalej *stipulatio*, *acceptilatio*, oraz kondykcye⁵⁷). Zaliczają się zatem do *ius gentium* głównie instytucje, które zaspokajają zwykłe materialne potrzeby ludzkie. To też naturalnem jest, że te instytucje powstały z praktycznego obrotu. Ale czy *ius gentium* w tem znaczeniu jest bezpośrednio źródłem prawa? Nie! *Jus gentium* tylko o tyle ma moc obowiązującą, o ile ono przez prawny ustrój rzymski zostało przyjętem. Dla tego *ius gentium* pierwotnie obowiązującym było tylko dla peregrynów oraz Rzymian w ich stosunkach z peregrynami. Tutaj oczywiście *ius gentium* zostało wprowadzone do ustroju prawnego przez edykt *praetoris peregrini*. Źródłem prawa zatem było w tych wypadkach prawo pretorskie. W zastosowaniu do Rzymian opierało się zaś *ius gentium* na edyktie pretora miejskiego, a w znacznej

⁵⁶) „*Verkehrsrecht*“ nazywa je Pernice w Holtzendorffa *Encyklopaedie*, str. 121, *Labo* III str. 278², *Parerga* X str. 14.

⁵⁷) Porówn. Pernice w Holtzendorffa *Encyklopaedie der Rechtswissenschaft* 5 wyd. (1890) str. 121 oraz *Parerga* X str. 15.

części także na z w y c z a j u ⁵⁸⁾). W formalnem znaczeniu *ius gentium* także nie jest źródłem prawa, ani też pomocniczem źródłem prawa. Można powiedzieć, że *ius gentium* są to te zwykłe potrzeby powszedniego życia w obrocie, z których prawo, chcące pozostać w styczności z życiem praktycznym, czerpie i czerpać musi.

Nie jest też źródłem pomocniczem *ius gentium*, gdyż nigdzie nie jest powiedzianem, aby w danym wypadku kwestya była rozstrzygnięta, jak *ius gentium* nakazuje. Jeżeli zatem źródła nasze mówią tak często, że dana instytucya lub zasada są *iuris gentium* lub *iure gentium*, to nic więcej to nie oznacza, jak wskazanie na to, iż ta instytucya lub zasada zostały przyjęte ze względu na potrzeby praktycznego, życiowego obrotu. Prawem zaś stają się one dopiero jako *ius civile* lub *honorarium*. Jeżeli więc *ius civile* z czasem wyparłem zostało przez *ius gentium*, to oznacza to ten wielki proces ewolucyjny, mocą którego prawo emancypowało się od ustawy i moc obowiązującą bądź zwyczajowo bądź za pośrednictwem pretora dało pojęciom i instytucjom prawnym, wytworzonym na podstawie potrzeb praktycznego życia. Przez to prawo rzymskie było w stanie, pozostać w ścisłej łączności z praktycznym życiem oraz zadosyć uczynić wymaganiom z tych potrzeb życiowych powstałym. W tem leży ogólnodziejowe znaczenie prawa rzymskiego.

4. O *ius naturale* nie dużo jest do powiedzenia. Pojęcie to powstało pod wpływem greckiej filozofii. A prawnicy rzymscy używają tego pojęcia tylko, aby

⁵⁸⁾ P. Kruger, *Rechtsquellen* str. 44, 45, kładzie nacisk na prawo pretorskie, Pernice, *Parerga X* str 18, na zwyczaj. jako na te czynniki, które wprowadziły *ius gentium* do ustroju prawnego; że i jedno i drugie miało miejsce, przyjmuje także Źródłowski, *Instytucye*, str. 5: „*Ius gentium* dla Rzymian wprowadzają w życie: praetor urbanus, nie mniej też

badź wytłomaczyć jaką zmianę w zasadach prawnych, bądź aby dla większego poparcia wskazać na zgodność obowiązującego prawa z przyrodzonym zapatrywaniem i poczuciem ludzi⁵⁹). Źródłem prawa w formalnym znaczeniu *ius naturale* w każdym razie nie jest⁶⁰). Także nie występowało ono w roli pomocniczego źródła prawa, gdyż nigdzie sędzia nie jest wezwany, aby zastosował zasady prawa naturalnego, gdyż pochwytnych takich zasad nie ma

5. *Aequitas, ius aequum* oznaczają u prawników rzymskich powód, dla którego pewna zasada tak, a nie inaczej jest postawioną. Zwłaszcza, gdy chodzi o porzucenie pewnej zasady prawnej i przyjęcie innej, dogodniejszej dla judykatury, często wspominają prawnicy, że to *iure aequo introductum est*⁶¹). W tym znaczeniu przeciwstawione jest *ius aequum* do *ius strictum*, jako nowe, bardziej postępowe prawo wobec starego, mniej nowe potrzeby uwzględniającego prawa⁶²). Zasady prawne, wytwarzane przez *aequitas*, są formalnie albo *ius*

zwyczaj, *mos civitatis*“; że *ius gentium* jako takie nie jest źródłem prawa, na to zgadzają się wszyscy autorowie. Porówn. Mommsen, *Röm. Staatsrecht* III str. 604 nr. 2, Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts* 1891 str. 75 następ.

⁵⁹) Porówn. P. Kruger, *Rechtsquellen*, str. 39 następ., str. 119 następ.

⁶⁰) Porówn. P. Kruger, *Rechtsquellen*, str. 126 (§ 17).

⁶¹) Słusznie zwraca H. Kruger, *Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechts* w *Z. d. Sav. St.* XIX (1898) str. 15 uwagę na to, iż *aequitas* oznacza tylko „motyw“ pewnej zasady prawnej. Dalej autor wywodzi (str. 18 następ.), że tam gdzie *aequitas* wprost stoi w przeciwieństwie do przyjętych zasad prawnych, gdzie zatem *ius aequum* występuje jako źródło prawa, że tam mamy do czynienia z interpolacjami.

⁶²) Pernice, *Parerga* X str. 24 (*Z. d. Sav. St.* XX str. 148): *Die römischen Juristen* „stellen sich offenbar die *aequitas* als eine Triebkraft vor, die das formale Recht schafft und wandelt“. G. IV. 116. *Comparatae sunt — exceptiones — saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari*

civile, albo *ius honorarium* albo prawem zwyczajowem⁶³). Źródłem prawa w każdym razie *aequitas* nie jest⁶⁴), Dla tego też nie można ogólnie mówić o „normach prawa słusznego“⁶⁵), gdyż *ius aequum* tylko nam tłumaczy, czemu normy prawa cywilnego, pretorskiego lub zwyczajowego są takie, nie inne, czemu zwłaszcza w danym wypadku zostają zmienione lub nie zastosowane. Ale *aequitas*, jako taka, „norm“ wydawać nie może. Nie można też powiedzieć, że *aequitas* jest pomocniczym źródłem prawa, gdyż autorowie rzymscy nie wskazują, że w danym wypadku ma być zastosowana *aequitas*, której „normy“ sędzia powinien badać, lecz mówią tylko, iż taka a taka zasada powstała z prawa słusznego, jest *iure aequo* wprowadzona⁶⁶). Ten dodatek *iure aequo* oznacza tylko przy mi ot⁶⁷) pewnej zasady.

⁶³) Pernice *Parerga* X str. 24. 25.

⁶⁴) P. Kruger, *Rechtsquellen*, str. 123 następn.

⁶⁵) O takich „normach“ mówi Binding, *Normen* II str. 297 następn. Przeciw takiemu pojmowaniu *aequitatis* także Pernice, *Labeo* II², 1 str. 63 uw. 1.

⁶⁶) Papinian fr. 66 de cond. indeb. 12, 6 *Haec condictio ex bono et aequo introducta*. Ulpian fr. 5 § 2 de inpens. 25, 1 Marcellus *admittit condictioni esse locum: sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est*. Ulpian fr. 14 § 6 de relig. 11, 7 *Haec actio, quae funeraria dicitur, ex bono et aequo oritur* Paulus fr. 6 § 1 de bon. poss. 37, 1 *quamvis enim iure civili deficient liberi, qui propter capitis deminutionem deserunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescinditur eorum capitis deminutionem praetor* (a zatem pretorska pomoc propter aequitatem). Gaius fr. 2 unde cognati 38, 8 *proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficient*. O *actio de effusis* mówi Ulpian fr. 5 § 2 h. t. 9, 3 *oportebit praetorem aequitate motum in eum — dare actionem*.

⁶⁷) Słusznie pojmuje wyraz *stricti iuris* tylko za przy mi ot dawniejszych skarg, a nie za osobne źródło prawa, Keller, *Litiscontestatio* 1827 str. 188 „*Der Begriff der stricti iuris iudicia ist ohne Zweifel nichts anderes als ein Überrest des ältesten Charakters aller eigentlichen iudicia über actiones*

W niektórych wypadkach *aequitas* była pomocniczym źródłem prawa, choć prawnicy nie używają w tym wypadku wyrazu *aequitas*. Ale w tych wypadkach wyraźnie jest naznaczone, że ma być zastosowana *aequitas*; podobnie jak w *b. f. iudicium* sędzia dostaje rozkaz przyznania powodowi według *bona fides*. Do takich wypadków, w których *aequitas* jest pomocniczym źródłem prawa, zaliczamy:

Ulpian fr. 26 §. 9 ex quib. caus. maior. 4, 6, *Item, inquit praetor, si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituum.*

Ulpian w swym komentarzu do edyktu, stawia wyraźnie *iusta causa* na równi z wyrażeniem *aequum* i mówi w dalszym ciągu powyższego ustępu:

haec clausula edicto inserta est necessario; multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singillatim enumerari potuerunt, ut, quotiens aequitas restitutionem suggerit⁶⁸, ad hanc clausulam erit descendendum.

W powyższym edyktie pretor zastrzega sobie, że on także w innych niż wyraźnie wymienionych wypadkach udzieli przywrócenie do stanu poprzedniego, skoro w danym wypadku będzie powód do tego. Nie ulega kwestyi, że pretor szukał tego powodu w ogólnej słuszności (*aequitas*); o tyle, *iusta causa* może stać na równi z wyrazem *aequitas*. Znaczenie praktyczne to miało oczywiście dopiero, od kiedy edykt pretorski był kodyfikowany i pretor związany był edyktem. Odtąd ta *iusta causa* odgrywała w istocie rolę pomocniczego źródła prawa

in personam“. Tak samo należy tylko jako przymiot prawa rozumieć wyrazy *aequitas*, *aequo iure*. Porówn. też M o m m s e n, *Röm Staatsrecht* I. str. 170. Ulpian fr. 14 § 13 de relig. 11, 7 mówi o *actio funeraria*, która „*ex bona et aequo oritur*“ (§ 6 eod.) *sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget*“.

⁶⁸) To miejsce zapewne jest interpolowane. Porówn. H. K r ü g e r, *Z. d. Sav. St.* XIX str 23.

Takie powołanie się na *iusta causa* w celu umożliwienia rozszerzenia jakiegoś środka prawnego, znajduje się częściej w edykcie pretorskim⁶⁹⁾.

Wykazaliśmy powyżej, że jedynymi źródłami prawa według zapatrywań rzymskich są ustawa i rozporządzenie magistratualne, oraz prawo zwyczajowe i z pewnym zastrzeżeniem także *responsa prudentium*. Wykazaliśmy dalej, że *ius gentium*, *ius naturale* i *ius aequum* nie są źródłami prawa. Natomiast stwierdziliśmy, że prawnicy rzymscy sięgają w judykaturze dosyć często do innych czynników i że za źródła prawa uważają także powszechną moralność oraz uczciwość w obrocie. Nazywaliśmy te czynniki pomocniczymi źródłami prawa. Ale stwierdziliśmy zarazem, że według wywodów rzymskich z tych pomocniczych źródeł prawa tylko wówczas korzystać wolno, jeżeli prawo wyraźnie to zaznacza, jeżeli w samej zasadzie prawnej powiedzianem jest, iż pewne kwestye rozstrzygane być mają według powszechnej moralności lub uczciwości w obrocie. Do wspomnianych pomocniczych źródeł prawa (moralności powszechnej i uczciwości w obrocie) dochodzi jako trzecie pomocnicze źródło prawa ekonomia polityczna t. zn. potrzeby gospodarskie. Na to mamy dowód w znanej zasadzie prawnej: *servitus utilis esse debet*⁷⁰⁾. Gospodarska potrzeba panującego gruntu rozstrzyga kwestyę, czy w danym

⁶⁹⁾ Porówn. Edykt IX. 2 (u Lenela w Bruns, *Fontes iuris romani*, ed. VI 1893 str. 207), XV, 2 (Lenel, str. 211), XXVIII (Lenel, str. 217).

⁷⁰⁾ Porówn. Paulus fr. 5 si serv. vind. 8, 5, oraz Örtmann, *Die Volkswirtschaftslehre des Corpus iuris civilis* 1891 st. 54, Dernburg *Pandekten* I⁴ § 240.

wypadku służebność gruntowa jest dopuszczalna. Wyrażenie *utilis*, pożyteczne, może się oczywiście tylko odnieść do gospodarskich potrzeb panującego gruntu. Ale te gospodarskie potrzeby należy rozumieć w najobszerniejszym znaczeniu. Dla tego służebność jest dozwoloną, jeżeli przez nią panujący grunt zyska na przyjemności w jego zagospodarowaniu.

Pomponius fr. 3 pr. de aqua cott. 43, 20: *Hoc iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel a moenitatis aqua duci possit.*

Ulpian fr. 3 de S. P. U. 8, 2: *Est et haec servitus, ne prospectui officiat.*

Ale zawsze służebność musi służyć gospodarskim potrzebom gruntu⁷¹⁾. Dla tego nie wolno ustanawiać służebności gruntowej, aby wolno było przechadzać się na podwładnym gruncie.

Paulus fr. 8 pr. de serv. 8, 1.: *Ut pomum decerpere liceat et uti spatium et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.*

Ulpian fr. 5 § 1 de S. P. R. 8, 3: *sed ipse [Nerattus] dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad ipsum fundum opus sit.*

Jakie są potrzeby gospodarskie panującego gruntu, o tem oczywiście nie rozstrzyga prawo, lecz stosunki gospodarskie. Potrzeby gospodarskie są zatem w tym wypadku pomocniczym źródłem prawa, gdyż według tych potrzeb gospodarskich rozstrzygana jest kwestya, czy *servitus* w danym wypadku jest *utilis* lub nie.

Wywody nasze poprzednie wykazały, że droga, jaką wskazuje Wagner do społecznego określenia pojęcia własności, prawnie jest możliwą. Wykazaliśmy, że wprawdzie z reguły zasady prawne są i muszą być

⁷¹⁾ Z tego stanowiska rozumieć należy Labeo fr. 19 de serv. 8, 1. Porówn. też Dernburg *Pandekten* I⁴ § 240 uw. 6.

abstrakcyjnymi, że jednakże one mogą mieścić także w sobie czynniki moralne i gospodarskie. Chodziłoby teraz o to, aby wyzyskać to dla pojęcia własności. Wagner sam tego nie uczynił, gdyż jego definicya nie zawiera w sobie gospodarskiego czynnika. Pierwszą próbę wprowadzenia gospodarskiego czynnika do samego pojęcia własności uczynił Hr. L. Piniński w rozprawie swej: *Begriff und Grenzen des Eigenthumsrechts nach römischen Recht*. Wien 1902⁷²⁾. Ze względu na doniosłość pojęcia własności zamierzamy obszerniej zająć się pojęciem własności podanem przez autora. Autor podaje zaś (str. 14) następującą definicyę własności: „Własność jest to zapewniona przez przepisy prawne możliwość wyłącznego gospodarskiego korzystania z jakiejś rzeczy fizycznej“. Pojęcie takie określa autor nie *de lege ferenda*, lecz *de lege lata*, utrzymując, że treść własności według obowiązujących zasad prawa nie dalej sięga. Przeprowadza zaś autor swą teorię na razie na własności rzeczy nieruchomości. Autor wychodzi z następującego rozumowania. — Źródła prawa rzymskiego nie podają nam definicyi pojęcia własności⁷³⁾ Pojęcie zatem stwierdzić

⁷²⁾ Rozprawa wyszła poprzednio w polskim języku p. t. „Pojęcie i granice prawa własności według prawa rzymskiego“, w Księdze pamiątkowej wydanej przez Uniwersytet lwowski ku uczczeniu 500-letniego jubileuszu Uniwersytetu krakowskiego, Lwów, 1900.

⁷³⁾ Wprawdzie prawnicy rzymscy nazywają własność także władztwem, *dominium*, n. p. Papinian Vat. fr. 9. *ut creditor iure empti dominium retineat*, ale nigdzie nie podają nam definicyi całkowitej, przedewszystkiem nigdzie nie wspominają, jakoby własność była nieograniczonym władztwem. Czasami mowa jest o pełnem władztwie, n. p. Justynian §. 4 de usufr. 2, 4 *dominus incipit plenam habere in re potestatem*. Bardzo często własność jest nazywana *proprietas* (= własność) n. p. G. II. 30, 33, Papinian fr. 33 §. 2. de usufr. 7, 1 Paulus i Ulpian fr. 26, 12, §. 4 eod. Właściciel nazywa się *propriarius* (Ulpian fr. 12, §. § 4, 5. de usufr. 7, 1) albo też *dominus* (Celsus fr. 10. de evict. 21, 2).

należy z treści, jaką prawnicy rzymscy przyznawają własności. W tym celu należy przyjąć jako punkt wyjścia t. zw. prawa sąsiedzkie, które ograniczają własność⁷⁴⁾. Ponieważ te ograniczenia wynikają z własności, zatem własność będzie to, co właścicielowi pozostaje po uwzględnieniu tych t. zw. praw sąsiedzkich. W obszernych wywodach autor wykazuje, że przy osądzeniu tych t. zw. praw sąsiedzkich decydującymi były potrzeby gospodarskie tak właściciela jak sąsiada. Z tych t. zw. praw sąsiedzkich wynika, że właściciel może korzystać z swej własności tylko o tyle, o ile nie przynosi to ujmy sąsiadowi w gospodarskiem korzystaniu z jego własności, oraz dalej, że właściciel musi ścierpieć takie wpływy ze strony sąsiada, które dla sąsiada są konieczne dla gospodarskiego korzystania z jego gruntu, skoro sam właściciel przez to nie zostaje zbytnio pokrzywdzonym we własnem gospodarstwie na swym gruncie.

Autor nasz zwraca uwagę na to, że według zapatrywania rzymskich prawników ograniczenie własności bynajmniej nie jest uważane za coś wyjątkowego, anormalnego. Przeciwnie, tam gdzie prawo rzymskie ogranicza własność, tam to wypływa z samego pojęcia własności, w kazdym razie autorowie rzymscy uważają takie ograniczenia za zwykłe i pojęciu własności bynajmniej nie sprzeciwiające się. Odmienne jest, jak wiadomo, dzisiejsze panujące zapatrywanie. Według niego własność jest w zasadzie nieograniczonem władztwem, i tylko wyjątkowo, jako stan anormalny, może ona być ograniczoną. Ograniczenia zaś obowiązujące ze względu na sąsiadów, nazywa panujące zapatrywanie prawami sąsiedzkimi lub służebnościami ustawowemi (str. 18 nast). Dlatego też według panującego zapatrywania właściciel może korzystać z swej własności w sposób przynoszący

⁷⁴⁾ Że przy stwierdzeniu pojęcia własności należy wyjść od tych t. zw. praw sąsiedzkich, słusznie podnosi też Baron *Krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswissensch.* (Brinz u. Pozl) XIX. (1877) str. 390.

szkodę sąsiadowi. Tylko wystrzegać się należy t. zw. materialnych wpływów na grunt sąsiada, gdyż przez to narusza się już prawa własności sąsiada. Wszelkie pośrednie wpływy zaś są dozwolone, choćby przez to sąsiad doznał jak największej szkody, a właściciel nie miał korzyści z tego, byleby nie działał wyłącznie dla szyskany sąsiada. Wyjątkowo tylko mają miejsce obszerniejsze ograniczenia własności ze względu na wspomniane prawa sąsiedzkie, ale też tylko w tych wyraźnie wymienionych wypadkach. Autor wykazuje, że takie zapatrywanie bynajmniej nie zgadza się z faktycznym stanem rzeczy, gdyż przeciwnie t. zw. prawa sąsiedzkie należy tylko uważać za skutki ogólnej zasady, iż właściciel winien używać swej własności w gospodarski sposób. Tylko z tego stanowiska zapatrując się na prawa sąsiedzkie wytlómaczyć można, czemu w jednym wypadku pośredni wpływ jest dozwolony, a w drugim nie, czemu dalej bezpośredni wpływ z reguły jest wzbroniony, a czasem jednakże cierpiany. Zasadę tę prawa rzymskiego stwierdzić można przy używaniu publicznych gruntów oraz w stósunkach wodnych (str. 31). W edyktcie, którym pretor zasłania publiczne grunta, wyraźnie on zaznacza, iż przylegający właściciele nie powinni na swych gruntach nic uczynić, co mogłoby szkodę przynieść publicznym gruntom, a zatem sprzeciwić się gospodarskiemu, bo publicznemu przeznaczeniu tych gruntów.

Ulpian fr. 2 pr. ne quid in loco publico 43, 8:
Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur

Ulpian fr. 1 pr. de flum. ne quid in flum. publ. 43, 12: *Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat*⁷⁵⁾.

Ograniczenie własności wobec gruntów publicznych odnosi się nie tylko do bezpośrednich wpływów

⁷⁵⁾ Dalsze argumenta u naszego autora str. 31 następn.

na te grunta publiczne, lecz także do pośrednich wpływów.

Ulpian fr. 2 §. 29 l. c. 43, 8 (Nerva): *si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re de re ea interdicto uti.*

Ograniczenie własności ze względu na grunta publiczne nie tylko wówczas ma miejsce, jeżeli przez używanie własności publiczne grunta ucierpiałyby, lecz i wówczas, jeżeliby ucierpiały prywatne grunta przylegające do tego publicznego gruntu.

Ulpian fr. 2 §. 5 h. t. 43, 8: *Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo*⁷⁶⁾. — §. 8. *Adversus eum, qui molem in mare proiecit, interdictum utile competit ei, cui forte haec res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit.*

Nasuwa się pytanie, o ile właściciel jest zmuszony do ścierpienia wpływów z samych publicznych gruntów pochodzących, czy zatem względy gospodarskie, jakie on mieć musi wobec publicznych gruntów, także z drugiej strony przez publiczne grunta wobec niego są zachowywane.

Aktualną jest dzisiaj ta kwestya przy zmianie ulic publicznych, przy budowach publicznych kolei i tramwajów. Czy według prawa rzymskiego prywatny właściciel przylegający do publicznej drogi może zakazać taką zmianę lub przynajmniej żądać odszkodowania, jeżeli on przez taką zmianę szkodę ponosi? Wyraźnej odpowiedzi na to zapytanie nie posiadamy w naszych źródłach. Ale ponieważ grunta publiczne służą pożytkowi ogółu, sądzę, że właściciel przylegający musi ścierpieć takie zmiany publicznego gruntu, jakie potrzebne są dla powszechnego dobra, gdyż wogóle jest on ograniczonym w swej

⁷⁶⁾ Porówn. jeszcze fr. 2. § 6. fr. 5 6. eod. 43, 8.

własności przez wzgląd na powszechne dobro. Jeżeliby jednakże zmiana publicznego gruntu uniemożliwiła prywatnemu właścicielowi przylegającemu całkowicie gospodarskie korzystanie z swej własności, w takim razie należy przyznać mu odszkodowanie.

Ale i wobec prywatnych gruntów stwierdzić można, że według prawa rzymskiego, wpływ na grunt sąsiedzki jest dozwolonym, jeżeli on wynika z gospodarskiego używania mej własności, a nie wyrządza szkody sąsiadowi i nie przeszkadza mu w gospodarskiem używaniu jego własności (str. 52) Okazuje się to wyraźnie przy *actio aquae pluviae arcendae*. Prawo rzymskie dozwala w tym wypadku nawet czynności na gruncie sąsiada, jeżeli taka czynność jest potrzebną dla gospodarskiego używania mego gruntu, a sąsiadowi szkody nie przynosi.

Paulus fr. 2. §. 5. de aq. pluv. 39, 3: *aggerem qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret, opinor utilem actionem⁷⁷⁾ vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est.*

Na tę samą zasadę, że przy korzystaniu z własności decydującym jest gospodarski pożytek, natrafiamy w stosunkach swietlnych, gdzie Marcellus zaznacza, że mi nie wolno korzystać z mej własności w taki sposób, aby przez to odebrano całkowicie światło sąsiadowi.

Marcellus fr. 10. de S. P. U. 8, 2: *qui bmas aedes habebat, si alteras legavit, non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium: — habitare — potest et aedibus obscuratis (a zatem, póki sąsiadowi nie zostaje uniemożliwiony gospodarski pożytek z swej własności, ja mej własności używać mogę), — sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur*

⁷⁷⁾ Ten sam wypadek powtarza Paulus fr. 30 de usufr. 7, 1.

*ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diuturni moderatione*⁷⁸⁾.

Miara wpływu dozwolonego, nie zależy od tego, czy wpływ jest pośredni lub bezpośredni, lecz miarę wpływu stanowi gospodarski interes stron. Wprawdzie już za rzymskich prawników była rozpowszechniona teoria, że wpływ jest niedozwolony, jeżeli on jest bezpośredni, jeżeli przedstawia *immissyę*.

Ulpian fr. 8. §. 5. si serv. vind. 8, 5 (Aristo): *in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*.

Ale ta teoria nie została ściśle przeprowadzoną, i spotykamy znów rozstrzygnięcia, w których decydującym czynnikiem nie jest to, czy wpływ był pośredni lub bezpośredni, lecz to, czy wpływ przedstawia gospodarską szkodę lub nie. To się odnosi zwłaszcza do pośrednich wpływów, gdyż bezpośrednio wpływy z reguły będą przedstawiać gospodarską szkodę. Wprawdzie w źródłach naszych przy pośrednich wpływach jest naznaczone także, aby ten wpływ nie był zbyt wielki⁷⁹⁾, ale równocześnie prawnicy kładą nacisk na to, czy wpływ wyrządza szkodę lub nie. A zatem decydującym czynnikiem jest gospodarski interes sąsiada.

Paulus fr. 19 pr. de S. P. U. 8, 2: *non posse prohiberi vicinum quominus balineum habeat secundum parietem communem, quamvis umorem capiat paries — sed Neratius ait, si talis sit usus tepidarii, ut adsidium umorem habeat et id noceat vicino, posse prohiberi eum*.

A zatem wilgoć nawet większą ścierpieć muszę, jeżeli ja nie mam szkody z tego. Neratius mówi wyraźnie *adsidium umorem et id noceat*.

Na to, czy z wpływu sąsiada na moją własność wynika szkoda dla mnie, prawnicy rzymscy prawie stale

⁷⁸⁾ O tej *utilis actio* porówn. Pernice'go, *Labeo* II², 1. str. 59¹.

⁷⁹⁾ Podobnie dzisiaj Windscheid, *Pandekten* I. §. 169, 1 „*eine nicht ungebührliche Einwirkung*“.

nacisk kładą, co potwierdza zapatrywanie naszego autora, że czynnikiem decydującym w osądzeniu wpływów dozwolonych na cudzą własność są gospodarskie potrzeby

Pomponius fr. 18 de S. P. U. 8, 2: *Si fistulae, per quas aquam ducas aedibus meis applicatae damnnum mihi dent, in factum actio mihi competit: sed et damni infecti stipulari a te potero*⁸⁰⁾

Alfenus fr. 17 §. 2. Si serv. vind. 8, 5: *Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries marescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damnnum datum esset*⁸¹⁾, *servare*

Ulpian fr. 24, §. 12, de damn. inf. 39, 2: *si — tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.*

Kilkrotnie prawnicy rzymscy podnoszą ten czynnik gospodarskiej szkody przy *actio aquae pluviae arcendae*.

Ulpian fr. 1 pr. de aq. et aq. pluv. 39, 3: *Si cui aqua pluvia damnnum dabit, actione aquae pluviae arcendae avertetur aqua. §. 1 totiensque locum habet, quotiens — aqua nocitura est — Neratius scribit — si aqua — agris vicini noceat — § 4 sic enim debere quem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat. — §. 6: si ea aqua vicino noceret*⁸²⁾.

⁸⁰⁾ Że nie jest mowa o służebności widać z tego, że przysługuje mi *cautio damni infecti*. Że obowiązek do świadczenia *cautionis d. inf* stanowi w sobie ograniczenie własności, o tem poniżej str. 35.

⁸¹⁾ Odnosi się do *cautio damni infecti*, do której świadczenia sąsiad jest obowiązany, przez co on jest ograniczonym w używaniu swej własności, skoro z tego używania wynika szkoda dla mnie.

⁸²⁾ Porówn. jeszcze fr. 1 §§. 11, 12, 14, 15, 17, 19—21, fr. 5, fr. 6, pr. eod. 39, 3.

Jeżeli zaś właściciel nie może inaczej korzystać gospodarczo z swego gruntu, to wolno mu nawet szkodę wyrządzić sąsiadowi.

Ulpian fr. 1 §. 5, l. c. 39, 3: *si aliter serere non possit, nisi sulcos aquarios fecerit, non teneri [sc aquae pluviae arcendae actione]*.

Najoczywiściej uwydatnia się tu zasada, że przy osądzeniu dozwolonych i niedozwolonych wpływów ze strony sąsiada decydującym czynnikiem są gospodarskie potrzeby. Te gospodarskie potrzeby tak dalece były uwzględnione w sąsiedzkich stósunkach, że nawet w tym wypadku, w którym przysługuje mi służebność wodna, nie wolno mi korzystać z tej służebności, jeżeli z tego powodu sąsiad doznaje zbyt wielkiej szkody w gospodarskiem używaniu swego gruntu. Jak wiadomo, wytworzyła się z tego ogólna zasada, że służebności wolno używać tylko z uwzględnieniem gospodarskich potrzeb gruntu służebnego (*civiliter*)⁸³⁾.

T. zw. prawo konieczności jest także niczem innym, jak uwzględnieniem gospodarskich interesów w stósunkach sąsiedzkich. Jeżeli bowiem ja mam prawo żądania od sąsiada przechodu, skoro w inny sposób nie mogę się dostać do mego gruntu⁸⁴⁾, to wynika z tego, że prawo uwzględnia moją gospodarską potrzebę. A jeżeli to prawo, jak w źródłach naszych wyraźnie jest naznaczone, odnosi się także do tego wypadku, gdzie

⁸³⁾ Celsus fr. 9 pe serv 8, 1. *Si cui simpliciter via per fundum cuiuspiam cedatur — per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: — non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aequo commodo per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento.* Porówn. też Paulus fr. 17 §. 1 de aq. et aq. pluv. 39, 3 *ita tamen, ut nullum damnum domino fundi ex his detur*, oraz fr. 2 §. 10, h. t. 39, *sic tamen, si non ultra modum noceat.*

⁸⁴⁾ Javolenus fr. 14, §. 1, quemadm. serv. 8, 6 *Cum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet.*

chodzi o przystęp do mego grobowca⁸⁵⁾, to wynika z tego, że „interes gospodarski“ należy tłómaczyć w najobszerniejszem znaczeniu, obejmującym także moje idealne interesa. Przyczem zwrócić uwagę na to należy, że według zapatrywania rzymskich prawników, powinienem baczyć także na gospodarskie potrzeby sąsiada żądając od niego z konieczności przechodu przez jego grunt.

Ulpian fr. 12 pr. de relig. 11, 7: *ita tamen, ut iudex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.*

Skutek uwzględnienia gospodarskich potrzeb w sąsiedzkich stosunkach był ten, że wytworzyły się pewne stałe wpływy, które sąsiad był zobowiązany ścierpieć. Ale była to tylko konsekwencya ogólnej głębszej idei, iż właściciel powinien w gospodarski sposób używać swej własności mając wzgląd na gospodarskie potrzeby sąsiada. Za taką konsekwencyą ogólnej zasady, naszym zdaniem uważać należy obowiązek budowania na swym gruncie w pewnej odległości od sąsiada⁸⁶⁾, dozwoleń zbierania spadłych na własny grunt owoców sąsiada⁸⁷⁾, obowiązek ścinania gałęzi do pewnej wysokości⁸⁸⁾, zakaz zabudowania sąsiadowi przewiewu na klepisku⁸⁹⁾ itp.⁹⁰⁾

Możnaby może zarzucić naszemu autorowi, iż niektóre przez niego przytoczone wypadki ograniczenia nie są wynikiem pojęcia własności, lecz opierają się na osobistej *cautio damni infecti*, i że zatem w tych wypadkach nie można mówić o rzeczowym ograniczeniu własności⁹¹⁾. Wobec tego zaznaczyć wypada, że chociaż w tych wypadkach ograniczenie własności opiera się bezpośrednio na osobistej *cautio damni infecti*, to

⁸⁵⁾ Ulpian fr. 12 pr. de relig. 11, 7.

⁸⁶⁾ Fr. 17, pr. si serv. vind. 8, 5, fr. 13, fin. reg. 10, 1.

⁸⁷⁾ Fr. un. de glaude leg. 43, 28.

⁸⁸⁾ Fr. 1, §§. 2, 4, 8, de arb. caed. 43, 27.

⁸⁹⁾ Justinian, c. 14, §. 1, de serv. 3, 34.

⁹⁰⁾ Porówn. Bócking, *Pandekten* II, (1855) str. 43—52.

⁹¹⁾ Bekker, *Jahrbuch d. gem. Rechts* V, str. 172 nast

jednakże już obowiązek do świadczenia *cautionis damni infecti* przedstawia się jako rzeczowy skutek własności i zawiera w sobie ograniczenie własności⁹²⁾). Tem więcej uznać to należy dla nowoczesnego prawa, gdzie nie potrzeba *cautionis damni infecti*, aby ograniczyć sąsiada w jego własności, względnie aby obowiązać go do odszkodowania. Zatem dzisiaj we wszystkich wypadkach, w których prawo rzymskie obowiązuje tylko do świadczenia *cautionis damni infecti*, przyjętą należy ograniczenie własności, z samego pojęcia własności wynikające, a więc rzeczowe ograniczenie⁹³⁾). To tłumaczy się odmienną strukturą nowoczesnego ustroju prawnego. Analogię mamy w rzymskiej *cautione usufructuaria*. Obowiązek do zwrotu rzeczy użytkowanej opiera się, jak wiadomo, w prawie rzymskim, nie na samym rzeczowym prawie użytkowania, lecz na osobistej *cautio usufructuaria*, do której świadczenia użytkownika jest obowiązany. A jednakowoż słusznie uważa się w nowoczesnym prawie ten obowiązek użytkownika za wynikający z samego stosunku użytkowania, a zatem za rzeczowy⁹⁴⁾). W badaniu prawa rzymskiego chodzi nam o głębsze idee, urzeczywistnione przez prawo rzymskie. Formy prawne muszą za naszych czasów często być odmiennymi od form prawa rzymskiego, ze względu na odmienną strukturę nowoczesnego ustroju prawnego.

⁹²⁾ Porówn. też Windscheid, *Pandekten*. I, §. 169 uw. 16.

⁹³⁾ Randa, *Eigentumsrecht*, 2 wyd. 1993 str. 102, uw. 1 mówi w tych wypadkach o obligacyjnej pretensji realnej wobec każdego posiadacza gruntu na ścierpienie mego wpływu względnie zaniechanie wpływu. Naszem zdaniem wystarcza zwykłe rzeczowe prawo, z samej własności wynikające. Że pretensja z tego rzeczowego prawa skierowaną jest przeciw osobie, nie robi ujmy jej rzeczowej naturze. Że zaś ta pretensja do ograniczenia cudzej własności skierowaną jest przeciw osobom na gruncie siedzącym, to wynika z własności gruntu, i nie robi koniecznym przyjęcia pretensji o mieszanym charakterze, rzeczowo-osobistym.

⁹⁴⁾ Porówn. Deraburg, *Pandekten* I §. 248, I.

Należy teraz rozpatrzyć te ustępy w naszych źródłach, które wrzekomo przemawiają za tem, iż własność jest nieograniczonem władztwem nad rzeczą fizyczną.

Ulpian fr. 9 de S. P. U 8, 2: *Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio*⁹⁵⁾.

Zdawałoby się, że Ulpian wyraża zdanie, iż wolno używać własności, bez względu na to, czy to sąsiadowi szkodę przynosi lub nie. Zdanie Ulpianusa wyjęte jest z 53-ciej księgi jego komentarza do edyktu. W tej księdze Ulpian mówi o *cautio damni infecti*⁹⁶⁾. Lenel przypuszcza, że Ulpian poprzednio mówił o tem, czy właściciel może żądać *cautio damni infecti* ze względu na grożące niebezpieczeństwo, mimo, że przedtem wniósł skargę negatoryjną, iż sąsiadowi nie przysługuje prawo budowania wyżej. W jakim związku stoi z takim wywodem powyższe zdanie Ulpianusa, nie da się stwierdzić⁹⁷⁾. Samo w sobie z powyższego zdania tylko wynika tyle, że właścicielowi wolno ściemniać gmach sąsiada. Że ściemnianie nie może być tego rodzaju, aby przez to uniemożliwiono sąsiadowi korzystanie z swej własności, to zaznacza wyraźnie Marcellus w powyżej⁹⁸⁾ przytoczonym fr. 10 de S. P. U. 8, 2⁹⁹⁾. W związku z tem

⁹⁵⁾ Podobnie c. 8, 9, de serv. 3, 34.

⁹⁶⁾ Lenel, *Palingenesia*, Ulpianus 1274.

⁹⁷⁾ Porówn. Lenel, *Palingenesia* l. c. uw. 4.

⁹⁸⁾ Str. 31.

⁹⁹⁾ Windscheid, *Pandekten* I, § 169, uw. 6 tłumaczy decyzję Marcella przez prawo zapisów. Stosownie zwraca się przeciw temu nasz autor str. 60 uw.³⁴. Marcellus wyraźnie mówi, że przy zapisie użytkownika może użytkownika żądać prawa przechodu, jeżeli innego przystępu do gruntu zapisanego niema, gdyż bez tego zapis byłby bez wartości. W naszym zaś wypadku, Marcellus mówi, użytkownika nie może nic żądać od sąsiada, ponieważ *habitare potest et aedibus obscuratis*. Marcell zatem wyraźnie kładzie nacisk na gospodarską potrzebę. Zakończenie u Marcella zaś świadczy, iż Marcell rozstrzyga nasz wypadek niezależnie od prawa zapisów. Przeciwno tłumaczeniu zdania Marcella na podstawie prawa zapisów również Pernice, *Labeo* II², I, str. 58¹.

zdaniem Marcella orzeczenie powyższe Ulpianusa wywodzi zatem tylko, że wolno ściemniać gmach sąsiada, ale bynajmniej nie, że właściciel ma nieograniczone władztwo nad swą rzeczą.

Zwykle¹⁰⁰⁾ przytacza się na poparcie panującego zapatrywania o nieograniczonem władztwie właściciela zdanie

Ulpiana, fr. 24 §. 12 de damno inf. 39, 2: *in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei [tui] praecisae sunt: an tenear? ait Trebatius non teneri me damni infecti: neque enim existimari operis mei vitio damnum mihi dari in ea re, in qua iure meo usus sum. si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.*

Zdanie Ulpiana raczej na poparcie naszego zapatrywania przytoczyć można. Ponieważ mnie jako właścicielowi przysługuje możność wyłącznego gospodarskiego korzystania z mego gruntu, oczywista rzecz, że wolno mi kopać studnię na mym gruncie. Jeżeli przez to zostaje odcięte źródło sąsiada, to wynika z tego, że źródło leży bliżej, w obrębie moim gospodarskim, a w takim razie jest rzecz naturalna, że ja mam pierwszeństwo do korzystania z tego źródła. Wyraźnie zaś Ulpian podnosi, iż mimo to, nie wolno mi korzystać z tego, gdyby przez to sąsiadowi została wyrządzona zbyt wielka szkoda, runięcie jego muru.

Tak samo należy rozumieć

Ulpian fr. 1 § 12 de aq. et aq. pluv. 39, 3: *Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.*

Orzeczenie Marcella i Ulpianusa tłómaczyć należy w związku z orzeczeniami powyżej¹⁰¹⁾ przytoczonymi (fr. 10 de S. P. U. 8, 2 i fr 24, §. 12 de damno inf.

¹⁰⁰⁾ Windscheid, *Pandekten* I, §. 169 uw 6.

¹⁰¹⁾ Str 31, 37.

39, 2) W tym związku z naszego zdania Ulpianusa wynika tylko, że mi wolno jako właścicielowi korzystać z mego gruntu i że mój gospodarski interes ma pierwszeństwo przed gospodarskim interesem sąsiada. Restrykcja zaś wynika z poprzednio przytoczonych zdań tych dwóch prawników, że nie wolno mi korzystać z mej własności, jeżeli przez to dla sąsiada wynika zbyt wielka szkoda. Odcięcie sąsiadowi źródła, nie koniecznie przedstawia dla niego wielką szkodę gospodarską, gdyż może on ewentualnie mieć jeszcze inne źródła. Wszakże to tak Ulpian jak Marcel w przytoczonych fr. 10 de S. P. U. 8, 2 i fr. 24, §. 12 de damno inf. 39, 2, wyraźnie zaznaczają, że korzystanie z własności nie jest dozwolone, jeżeli przez to uniemożliwia się sąsiadowi korzystanie z jego własności lub przez to jemu wyrządza się znaczną szkodę (całkowite odebranie światła, runięcie muru).

Nie wolno też powołać się przeciw zapatrywaniu naszego autora na Ulpiana, fr. 26 de damno inf. 39, 2. Albowiem w tym wypadku sąsiad odbiera mi wodę względnie światło na podstawie przysługującej mu służebności. Proculus wyraźnie mówi: „*si iuxta mea aedificia habeas aedificia eaque iure tuo altius tollas*“. Sąsiad ma zatem służebność *altius tollendi*; to też naturalna rzecz, że sąsiad wyżej budować może, choćby ja z powodu tego poniósł szkodę, gdyż to właśnie stanowi treść ciężającej na moim gruncie służebności. Co zaś do wypadku o odebraniu mi wody, to wprawdzie Proculus nie mówi wyraźnie, że sąsiad to robi *iure suo*, ale że Proculus także w tym wypadku ma na myśli służebność, wynika z tego, że on wspomina na poparcie swego wywodu, że ja miałem zysk (*lucrum*) z tego, iż mój sąsiad dotąd nie korzystał z swej służebności, i że nie mogę się teraz skarżyć na to, skoro sąsiad zaczyna korzystać z swego prawa, a ja przez to tracę dawniejszy zysk.

Również prawo służebności ma na myśli.

Ulpian fr. 11, fr. de S. P. U. 8, 2. Strona pragnie zmienić budowę ewentualnie ze szkodą dla sąsiada. Ulpian mówi, iż to wolno, byleby strona zachowała

dawniejszą formę budowy. Ulpian ma na myśli służebność i rozpatruje, jak dalece w granicach tej służebności wolno zmieniać zabudowanie, stawiając zdanie, iż zmiana dozwolona, byleby została zachowana dawniejsza forma budowy, dla której służebność była ustanowiona. Zdaje się, że służebność powstała w tym wypadku przez zasiedzenie, podobnie jak w c. 1 de serv. 3, 34. Skoro zaś właścicielowi przysługuje służebność, to samo przez się rozumie się, że mu wolno korzystać z niej nawet z uszczerbkiem dla sąsiada, gdyż na to właśnie była ustanowiona służebność, za którą sąsiad lub jego poprzednicy prawdopodobnie byli wynagrodzeni. Wypadek nasz tak samo jak my powyżej, tłumaczy także cesarz Zenon w swej znanej ustawie budowlanej

c. 12, § 1 b, de aed priv. 8, 10: *Διὸ θεσπιζομεν, εἰ σύμφωνον ἢ ἐπερωτήσις βοηθοῖ τῷ κτίζοντι, ἐξείναι αὐτῷ κατὰ τὴν δύναμιν τοῦ συμφώνου ἢ τῆς ἐπερωτήσεως οἰκοδομεῖν, εἰ καὶ τοὺς γείτονας, οἷς ἐναιτιοῦται τὸ σύμφωνον, ἐντεῦθεν βλάπτειν δογοίη* ¹⁰²).

Panujące zapatrywanie ¹⁰³) przyjmuje tylko o tyle ograniczenie własności, o ile korzystanie z niej dzieje się li tylko w celu dokuczania bliźniemu, w celu szykany, powołując się na

Celsus'a, fr. 38 de R. V. 6, 1: *neque malitiis indulgendum est.*

i Javolenus'a, fr. 44 de iniur. 47, 10.

Autor nasz ¹⁰⁴) idzie dalej i utrzymuje, że ograniczenie własności ma miejsce nie tylko wówczas, jeżeli, jak panujące zdanie utrzymuje, korzystanie z własności dzieje się tylko w celu szykany bliźniego, ale i wtedy, jeżeli obok chęci szykany właściciel ma na oku także

¹⁰²) *Quamobrem sancimus, si pactum vel stipulatio aedificantem iuvet, licere ei secundum pacti vel stipulationis vim aedificare, etiamsi vicinos, quibus adversatur pactum, inde laedere videatur.*

¹⁰³) Porówn. Windscheid, *Pand.* I §. 169 uw. 6, §. 121 uw. 3.

¹⁰⁴) Str. 107, 111.

własny interes. Panujące zapatrywanie powołuje się zwykle na

Ulpiana, fr. 1. §. 12 de aq. et aq. pluv. 39, 3: *Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.*

W ustępie tym są przeciwstawiane sobie — *animo vicino nocendi* — i — *agrum suum meliorem faciendi*. A zatem, jeżeli właściciel źródło sąsiada odciął przez kopanie na swym gruncie w celu melioracyi swego gruntu, w takim razie nie odpowiada za szkodę wyrządzoną sąsiadowi, jeżeli zaś to uczynił w celu szyskany sąsiada, to odpowiada. O tem, jakoby uczynek winien nastąpić tylko w celu szyskany, niema wzmianki. Marcellus mówi, że sąsiad niema skargi, jeżeli właściciel nie kopał w celu szkodzenia mu. Jeżeli zaś właściciel kopał w celu szkodzenia, to sąsiadowi przysługuje skarga. Względ na melioracyę własnego gruntu mógł mieć miejsce w obu wypadkach, to znaczy, że właściciel mógł kopać i w własnym interesie i w celu szyskany. Ponieważ Marcel nie robi żadnej restrykcyi n p. *si non solum animo vicino nocendi*, zatem skarga musi ustąpić także w tym wypadku, gdzie wprawdzie właściciel ma na oku także własną korzyść, ale prócz tego także chce szyskany wobec sąsiada. To nasze zapatrywanie popiera jeszcze naszym zdaniem* często rozstrząsany¹⁰⁵⁾ fragment

Paulusa, fr. 2 §. 9 de aq. et aq. pluv. 39, 3 (Labeo): *Si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse. — quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.*

¹⁰⁵⁾ Zob. Burekhard, *actio aquae pluv. arc.* w Gluck, *Commentar*, Serie der Bucher 39 u. 40 Theil III, str. 227 następ.

Sąsiad wyrządził mi zatem szkodę przez odwrócenie koryta potoku. On uczynił to w każdym razie w własnym interesie (*ne aqua ad eum perveniat*). Jeżeli on to uczynił także w celu, aby mi szkodzić, w takim razie przysługuje mi środek prawny przeciw niemu. Oczywiście tym środkiem prawnym jest *actio doli*, jak w powyższym fr. 1, §. 12 de aq. et av. pluv. 39 3. *Actio doli* zaś jest uzasadniona, skoro dowiedzionym jest *animus nocendi*; czy właściciel prócz tego miał własną korzyść na oku, to nie wchodzi w rachubę przy zastosowaniu *actionis doli*. Decydującym jest w naszym wypadku *animus nocendi*. Skutek jest ten sam, czy właściciel odwrócił koryto w celu szkodzenia lub nie. Albowiem w obu wypadkach ja doznaję szkody. Ale skargę mam tylko w tym wypadku, jeżeli właściciel prócz przedmiotowej szkody, jaką mi wyrządził, miał jeszcze podmiotową intencję szkodzenia mi. Ta intencja zła zostaje poniekąd karana za pomocą *actio doli*¹⁰⁶). A zatem *actio doli* ma i wówczas miejsce, jeżeli właściciel miał zysk na oku, odwracając koryto potoku. Jeżeli miał tylko swój zysk na oku (*ne sibi noceat*), w takim razie *actio doli* oczywiście nie ma żadnej podstawy, gdyż brakuje *animus nocendi* i podstępne działanie¹⁰⁷). Czemu *actio doli* w naszym wypadku nie miałyby mieć miejsca, jeżeli właściciel miał także na oku własny interes? Wszakże *dolus* może mieć miejsce obok względu na własną korzyść; a *dolus* najzupełniej wystarcza do wniesienia *actionis doli*, skoro szkoda jest bezsprzeczną. W przeciwstawieniu do intencji szkodzenia sąsiadowi (*hoc animo, ut tibi noceat*) mówi

¹⁰⁶) Zadaniem *actionis doli* była obrona przeciw podstepnym i nieuczciwym uczynkom, za pomocą których została komu wyrządzona szkoda. Ulpian fr. 1, pr. h. t. 4, 3: *Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos qui aliis offuerunt calliditate quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas dammosa.*

¹⁰⁷) Labeo u Ulpiana fr. 1, § 2 h. t. 4, 3: *dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam.*

Paulus o intencji własnej korzyści (*ne sibi noceat*). To może tylko znaczyć, że jeżeli sąsiad nie miał intencji szkodzenia ci, lecz intencją własnej korzyści, w takim razie nie odpowiada. A więc intencja własnej korzyści według Paulusa wyklucza poniekąd intencją szkodzenia sąsiadowi. Tak zwykle też będzie w życiu. Że zaś przystąpienie intencji szkodzenia do własnej korzyści wystarcza, aby właściciela ograniczyć w używaniu swej własności, to, naszym zdaniem, wynika z zastosowania w tym wypadku *actionis doli*. Orzeczenia Paulusa nie można więc przytoczyć na poparcie zdania, że nie wolno mi używać mej własności tylko wówczas, jeżeli to wyłącznie dzieje się w celu szkodzenia sąsiada, lecz przeciwnie świadczy ono, że każde używanie własności podjęte w intencji szkodzenia jest niedozwolone, choćby właściciel miał także korzyść z tego. Oczywista rzecz, że intencją szkodzenia będzie w tym wypadku trudniej dowiedzieć, i ztąd tylko tłumaczysz, że wobec własnej korzyści zwykle niema środka przeciw pewnemu używaniu własności przez sąsiada. Ale koniecznym to oczywiście nie jest

Co zaś do fr. 44 de inur. 47, 10, to Javolenus rozstrząsa tylko kwestję, czy *actio iniuriarum* jest dozwoloną, jeżeli właściciel puszcza kłęby dymu na wyżej położoną kamienicę sąsiada. Labeo zaprzecza, a Javolenus odpowiada potakująco, skoro właściciel to czyni *iniuriae faciendae causa*. Naszej kwestyi, czy takie puszczenie kłębow dymu jest dozwolone lub niedozwolone, bezpośrednio Javolenus nie dotyka. W każdym razie to orzeczenie Javolenus'a wobec powyższej przytoczonych i obszerniejszych wywodów prawników rzymskich nie może być decydującem¹⁰⁸).

¹⁰⁸) Porówn. też obszerne tłumaczenie tego fragmentu u Pernice'go, *Labeo II*², 1 str 36⁵.

Na końcu swej rozprawy¹⁰⁹⁾ nasz autor rozstrząsa jeszcze, jakie znaczenie przypisać należy znanej ogólnej zasadzie prawa rzymskiego, przytaczanej często na poparcie panującego zapatrywania o własności „*qui iure suo utitur nemini facit iniuriam*“¹¹⁰⁾. Autor utrzymuje, że tę wrzekomą zasadę uważać należy za retoryczny frazes, a w żadnym razie nie wolno wyciągać z niej daleko idących konsekwencji. Naszem zdaniem jest to najzupełniej trafne. Albowiem po pierwsze zaznaczyć wypada, że rzymscy prawnicy wogóle nie znają powyższej reguły w tem brzmieniu¹¹⁰⁾. Zwykle mowa jest tylko o tem, że *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*¹¹¹⁾. Innemi razy jest powiedzianem, że *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*¹¹²⁾. Gdzieindziej znów inne są określenia¹¹³⁾. W wszystkich tych wypadkach chodzi zawsze jeszcze o stwierdzenie, jak dalece idzie prawo osoby. Używanie swego prawa w granicach przez prawo nakreślonych oczywiście nie jest zakazaniem, ale praktycznej korzyści z tego niema. Prędzej można powyższe ogólnikowe zdania uważać za dowód na to, że kto używa swego prawa, temu nie wolno przypisać złej woli, która czasami musi być udowodnioną, aby uzasadnić pewien środek prawny¹¹⁴⁾. W tej roli byłyby te zdanie tylko przypuszczeniem (*praesumptio iuris*). Ogólnej zasady, w jaki sposób prawnicy rzymscy dozwolali używania swego prawa, nigdzie nie znajdujemy¹¹⁵⁾. My możemy zasadę stwierdzić tylko za pomocą badania

¹⁰⁹⁾ Str. 114 następn.

¹¹⁰⁾ Porówn. Pernice, *Labeo* II², 1 str. 19.

¹¹¹⁾ Gaius fr. 55 de V. S. 50, 17. Ulpian fr. 3, §. 2 de hom. lib. exh. 43, 29.

¹¹²⁾ Paulus fr. 151 de V. S. 50, 17 Trebatius u Ulpiana fr. 24, § 12 de damno inf 39, 2.

¹¹³⁾ Ulpian fr 3, §. 1 quod met. 4, 2, Pomponius fr. 21, de aq. et aq. pluv. 39, 3, Ulpian fr. 13, § 7 de inur. 47, 10. Porówn. też Pernice, *Labeo* II², 1 str. 48

¹¹⁴⁾ Porówn. też Pernice, *Labeo* II², 1 str. 49.

¹¹⁵⁾ Pernice, *Labeo* II², 1 str 50: *Die Juristen sagen uns nirgends, was es heisse, sich seines Rechtes bedienen.*

poszczególnych rozstrzygnięć, jakie nam prawnicy rzymscy zostawili. Tą drogą szedł też nasz autor w swej rozprawie. Po drugie powyższy wrzekomy axyomat już dla tego nie ma wielkiej wartości, ponieważ przeciw niemu postawić możemy inne zdania prawników, które obalają ten argument i słusznie mogą mieć również pretensje do „charakteru“ axyomatu, co zdanie *qui iure suo utitur*.

Gaius I, § 53 stawia ogólną zasadę: *male enim nostro iure uti non debemus*.

Justynian §. 2 de his qui sui, I, 8, powtarza powyższą zasadę Gaiusa: *expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*

Pamiętać należy, że zasadę *male nostro iure uti non debemus* wypowiada ten sam Gaius, który w powyższem miejscu powiedział, *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*. Albo więc ostatniego zdania Gaiusa wogóle nie można odnosić do kwestyi granic używania swego prawa, albo i jedno i drugie zdanie należy tylko uważać za retoryczne frazesy, jakich dużo spotykamy u rzymskich prawników. Pernice¹¹⁶⁾ stara się wprowadzić eliminować ogólne znaczenie zdania Gaiusa: *male nostro iure uti non debemus*, tłumacząc, iż to zdanie odnosi się tylko do sposobu obchodzenia się z niewolnikami, o czem G. I, §. 53 mówi. Prawdą jest, że Justynian, powtarzając w §. 2 de his qui sui I, 8, to zdanie Gaiusa mówi wyłącznie o obchodzeniu się z niewolnikami, powołując się na rozporządzenie cesarza Piusa Antonina¹¹⁷⁾, które nakazuje ludzkie obchodzenie się z własnymi niewolnikami. Ale że Gaius nie tylko do tego odnosi swój axyomat, na to wyraźny dowód daje sam Gaius w tem samym miejscu, tłumacząc, iż z tego axyomatu, że nie wolno swej rzeczy źle używać, powstała nierozporządzalność majątkowa rozrzutnika. A zatem Gaius najoczywiściej przyznaje swemu axyomatowi jeżeli nie ogólne, to przy-

¹¹⁶⁾ *Labeo* II², 1 str. 51³.

¹¹⁷⁾ Porówn. *Ulpian* fr. 2 de his qui sui I, 6.

najmniej obszerniejsze znaczenie niż Pernice mu przypisuje.

G. I, §. 53: *male enim nostro iure non debemus; qua ratione et prodigiis interdicatur bonorum suorum administratio.*

Nie chcemy zaś bynajmniej przywiązywać zbytniego znaczenia do tego axyomatu Gaiusa; ale z tego samego powodu nie możemy też upatrywać ogólnej zasady w zdaniu: *qui iure suo utitur dolo non facit.*

Chodzi jeszcze o jedną wątpliwość, jaką nasuwają przytoczane ustępy z naszych źródeł, zawierające ograniczenia własności. Otóż nie da się zaprzeczyć, iż niektóre ustępy są interpolowane¹¹⁸⁾. Nie da się zaprzeczyć, iż niektóre ustępy nasuwają podejrzenie interpolacyi. Ale naszym zdaniem pozostaje zawsze jeszcze dosyć ustępów, które świadczą o ograniczeniu własności z względu na gospodarskie potrzeby sąsiada już za klasycznych autorów. Do takich miejsc zaliczamy przede-wszystkiem fr. 10 de S. P. U. 8, 2 Marcela. A chociaż może ten fragment został nieco zmieniony przez komisję ustawodawczą Justyniana, to jednakże zasadnicze zapatrywanie odpowiada zapatrywaniu Marcela. Za dowód na to uważamy fr. 30 de usufr. 7, 1 Paulusa, gdzie Paulus podaje zdanie Marcela w wypadku o dwóch kamienicach, z których jedną właściciel zapisał komuś na użytkowanie, i które to zdanie zgadza się z zdaniem Marcela w fr. 10 de S. P. U. 8, 2. To też Pernice¹¹⁹⁾ przyznaje, iż myśl o ograniczeniu w korzystaniu z swego prawa nie była nową za czasów Justyniańskich i że Justynian pod tym względem miał wzory u klasycznych prawników, których zapatrywania może rozszerzył na większą liczbę wypadków¹²⁰⁾

¹¹⁸⁾ Podnoszą to Bekker, *Jahrbuch des gem. Rechts* V (1862) str. 184 i Pernice, *Labeo* II², 1 str. 64¹ następn

¹¹⁹⁾ *Labeo* II², 1 str. 65, 5.

¹²⁰⁾ Że przy tem rozszerzeniu tych wypadków miano względnie tylko na „prawa“ lecz także na „interesa“ trzecich osób, przyznaje także Pernice, *Labeo* II², 1 str. 65, 4

Pernice sądzi, że prawo rzymskie stało na stanowisku bezwzględnego używania własności¹²¹⁾ i że tylko z słuźności (*iure aequo*) nakazano ograniczenia¹²²⁾. Dążność do ograniczenia w używaniu swej własności daje się zaznaczyć tak u cesarzy jak u prawników¹²³⁾. Celem tych ograniczeń jest uwzględnienie dobra powszechnego oraz interesów prywatnych osób¹²⁴⁾. Chodzi o to, jakie stanowisko ma *ius aequum* w ustroju prawnym. Czy to, co jest zakazane *iure aequo*, nie jest także prawem? Jeżeli zaś ograniczenie własności ustanowione jest przez słuźność (*aequitas*), czy można jeszcze mówić o prawie właściciela do bezwzględnego korzystania z swej własności? Czy nie należy powiedzieć, że *ius aequum* zmieniło de facto dawniejsze pojmowanie własności, jak *ius gentium* wyparło z czasem starodawne *ius civile*, jak cywilna *hereditas* ustąpić musiała pretorskiej *bonorum possessioni*? Mielibyśmy tylko dowód, że pojęcie własności przeszło także w prawie rzymskiem swą ewolucyę! Ale czy *aequitas* mogła urzeczywistnić

¹²¹⁾ *Labeo* II², 1 str. 51⁵ (*den römischen Juristen gehört gerade die rücksichtslose Ausbeutung der Sache zum Wesen des Eigentums*).

¹²²⁾ *Labeo* II², str. 57, 58, 59 (*der Richter wird angewiesen aus Billigkeit einzuschreiten, um die Schärfe des Eigentumsrechts abzustumpfen*). *Labeo u Paulusa* fr. 2, §. 5 de aq. et aq. pluv. 39, 3: *haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur*. Porówn. też §. 6 eod.

¹²³⁾ Pernice, *Labeo* II², 1 str. 51⁶. *Indessen ziehen Juristen und Kaiser dem facere in suo möglichst enge Grenzen. Nur wenn man die Absicht einer Einschränkung voraussetzt, lassen sich — die zum Theile sehr formalistischen Deutungen und Entscheidungen der Rechtsbücher erklären.*

¹²⁴⁾ Pernice, *Labeo*, II⁴, 1 str. 63 (*dem Praetor kommt es zu, solchen Bosheiten entgegenzutreten im Interesse des Gemeinwohls und der Sitte, namentlich aber der anderen Privaten*), str. 65, 4, (*es handelt sich um eine gewisse Rücksicht auf das „Interesse“ von Privatpersonen und die Ahndung unnützer Bosheit*).

tę ewolucję? Z pewnością! Wykazaliśmy powyżej¹²⁵⁾, że źródłami prawa według zapatrywań rzymskich są tylko *lex* i *imperium*, ustawa i rozporządzenie magistratualne¹²⁶⁾. Mianowicie źródłami prawa nie są ani *ius gentium* ani *ius aequum*. *Jus gentium* i *ius aequum* są, że się tak wyrazimy, tylko „materiałem“, z którego prawo czerpie dla dalszego rozwijania swych zasad. Oczywisty dowód mamy na *excepcjach*. Prawnicy rzymscy kilkakrotnie podnoszą, że *excepcje* zostały wprowadzone przez *ius aequum*.

G. IV, 116 *Comparatae sunt autem exceptiones — saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur sed iniqum sit eum iudicio condemnari.*

Gaius mówi zatem, że *excepcje* zostały stworzone (*comparatae*) ze względu na *aequitas*. A jednakowoż *excepcje* należą bądź do prawa pretorskiego bądź do cywilnego¹²⁷⁾. *Aequitas* posłużyła tylko do wytworzenia tej instytucji. Tak samo rzecz się ma z własnością. Być może a nawet jest to bardzo prawdopodobnem, iż prawo rzymskie wyszło z tego stanowiska, że własność jest nieograniczonym władztwem nad rzeczą¹²⁸⁾, ale w dalszym rozwoju pojęcia własności *aequitas* działała w tym kierunku, iż ostatecznie przyznawano właścicielowi *de facto* tylko możliwość wyłącznego gospodarskiego korzystania z rzeczy, jak Piniński wykazuje. Z tego powodu zrozumiałem jest, że autorowie rzymscy mówiąc o korzystaniu z własności tak często wspominają, że tego i owego czynić nie wolno ze względu na *aequitas*¹²⁹⁾.

¹²⁵⁾ Str. 11.

¹²⁶⁾ O prawie zwyczajowem i stanowisku *responsów* zob. powyżej str. 11.

¹²⁷⁾ G. IV 118. *Exceptiones — omnes vel ex legibus vel ex his quae legis vicem optinent, substantiam capiunt, vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt.*

¹²⁸⁾ Podobnie prawo dłużnicze było pierwotnie bezwzględnem wobec dłużnika. Porówn. Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, 1894.

¹²⁹⁾ Porówn. powyżej str. 47.

To nie znaczy nic innego, jak że pojęcie własności z czasem zmieniło się

Rozpatrzywszy zatem źródła prawa rzymskiego przychodzimy do przekonania, że według prawa rzymskiego treścią pojęcia własności nie jest bynajmniej nieograniczone władztwo nad rzeczą fizyczną, lecz tylko możliwość wyłącznego gospodarskiego korzystania z niej. Teorya Pinińskiego utrzymuje się wobec prawa rzymskiego. Dla nowoczesnego prawa wynika z tego ta dalsza konsekwencya, że właściciel nie jest tylko tam ograniczony, gdzie źródła rzymskie o tem wspominają lecz wszędzie tam, gdzie to wynika z gospodarskich potrzeb czy to samego właściciela czy sąsiada. Albowiem rzymskie prawo oczywiście uwzględnić mogło tylko gospodarskie potrzeby według stosunków rzymskich. Dzisiejsze potrzeby gospodarskie są i mogą być odmiennymi. W tem leży prawno-praktyczna i ekonomiczna doniosłość teoryi Pinińskiego.

III

To też judykatura niemiecka, zwłaszcza powszechnego prawa niemieckiego, (dla której kodeks Justyniański jest ustawą) w sprawach o naruszenie własności kilkakrotnie motywuje swe wyroki na podstawie gospodarskich potrzeb właścicieli gruntów. *De facto* zatem judykatura ta stoi na stanowisku, iż właścicielowi nie wolno bezwzględnie używać swej własności, lecz tylko w granicach przez jego gospodarskie potrzeby nakreślonych.

Sąd apelacyjny w Dreźnie¹³⁰⁾ miał do zawyrokovania w następującym wypadku Właściciel gruntu wnosi skargę negatoryjną przeciw sąsiadowi, który ma na swym gruncie gazownię, z której dym przechodząc

¹³⁰⁾ Seuffert, *Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte* III (1851) Nr. 7.

na grunt owego właściciela znaczną wyrządza mu szkodę. Powód żąda usunięcia gazowni lub przedsięwzięcia takich środków, aby dym nadal mu nie wyrządzał szkody. Oraz żąda powód wynagrodzenia już doznanej szkody. Sąd przyznał słuszność powodowi wychodząc z następującego zapatrywania. Sąsiad musi znosić dym zwykły, jaki powstaje ze zwykłego procederu, skoro ten dym nie wyrządza mu zbyt wielkiej szkody. Miarę stanowi według orzeczenia sądu zwykłe korzystanie z gruntu. A zatem, jeżeli ktos w nadzwyczajny sposób używa swego gruntu i wobec tego szkodzi mu dym przechodzący z gruntu sąsiada, w takim razie nie ma on środka prawnego przeciw sąsiadowi. Skoro zaś dym mu przeszkadza w zwykłym gospodarskim używaniu swego gruntu, w takim razie przysługuje mu ochrona prawna. Powołując się na fr. 26 *de damno inf.* 39, 2, sąd uważa, że należy rozważać obopólne interesa gospodarskie sąsiadów. Takie same stanowisko zajął sąd wobec gazów, które pod ziemią dostawały się do wody sąsiada i ją zatruwały. A chociaż sąd za przykładem niektórych rzymskich prawników operuje pojęciem immissyi, to jednak widać z stanowiska sądu wogóle, iż miał on na oku głównie gospodarskie potrzeby sąsiadów.

Na tem stanowisku stoi wyższy sąd apelacyjny w Oldenburgu ¹³¹⁾. W sprawie chodziło o usunięcie gnojówki, jaką sąsiad miał na swym gruncie, przez co ścieki mierzwy przedostawały się na sąsiedni grunt. Ponieważ wpływ ten krępował sąsiada w używaniu jego gruntu, sąd uważał żądanie powoda za uzasadnione. Słusznie sąd w swym wyroku wywodzi, że wprawdzie rzymscy prawnicy mówią głównie o immissyi, ale ze tę samą zasadę wszędzie stosować należy, jeżeli wpływ od sąsiada przekracza miarę, którą sąsiad ze względu na jego gospodarskie potrzeby znosić winien. Rzymscy prawnicy co do granicy dozwolonych i niedozwolonych

¹³¹⁾ Seuffert, *Archiv* XXIX, 218.

wpływów ogólnej zasady nie postawili. Decydującymi być winny dane okoliczności sąsiednich stosunków.

Sąd apelacyjny w Celle¹³²⁾ zaś w wypadku przedostania się dymu na grunt sąsiedni zaznacza, że przechodzenie dymu już stanowi niedozwolony wpływ na grunt sąsiedni, jeżeli to się dzieje z szkodą dla sąsiedniego gruntu lub ze szkodą dla gospodarskiego używania tego gruntu. „*Es wird ein solcher Grad von Belastigung vorausgesetzt, wie er nach dem die gesammte Belegenheit des einzelnen Falles berücksichtigenden richterlichen Ermessen über dasjenige gewöhnliche Mass des Erträglichen hinausgeht, welches, wenn überhaupt benachbarte Grundstücke gleichzeitig nebeneinander benutzt werden sollen, kein Einzelner mit Grund von sich abweisen kann*“¹³³⁾.

Ciekawy też jest wypadek, w którym zawyrokował sąd apelacyjny w Berlinie¹³⁴⁾. Obie strony toczące spór mają kamienice obok siebie. Pozwany urządził na podwórzu swego domu tartak parowy. Powód utrzymuje, że przez bieg tartaku ziemia doznaje wstrząśnięć, skutkiem których grozi jego domowi uszkodzenie w fundamentach; a dalej ma miejsce udręczenie jego lokatorów z tego powodu. Sąd przyznał słuszność powodowi i wywodzi, że wspomniane u prawników rzymskich wypadki o wpływach na grunt sąsiedni przez immisysie należy uważać tylko za przykłady ogólnej zasady, że ze względu na sąsiada nie wolno używać swej własności, jeżeli z tego używania wynikają szkodliwe wpływy dla sąsiada. Co do miary tych wpływów uważa sąd „*dass eine, derartige Erschütterung nach sich ziehende Handlung nicht schon an und für sich unberechtigt erscheine, sondern nur, insofern sie dem Nachbar, und zwar allgemein — schädlich*

¹³²⁾ Seuffert, *Archiv* XXI, 208.

¹³³⁾ Porówn. też Seuffert, *Archiv* XXX 4, gdzie sąd w swym wyroku słusznie zaznacza, iż zdanie prawników rzymskich *qui iure suo utitur neminem laedit* może mieć na oku tylko zwykłe korzystanie z prawa, i bynajmniej nie może tłumaczyć bezwzględego korzystania z swej własności.

¹³⁴⁾ Seuffert, *Archiv* XXXVII, 208.

oder beschwerlich sei, wobei das Mass der Schädlichkeit oder Beschwerlichkeit noch einer Beschränkung nach den in dem jeweiligen Culturzustand herrschenden Anschauungen unterworfen wird“.

Również na stanowisku, że właściciel winien korzystać z swego gruntu tylko w zwykły gospodarski sposób i że odpowiada sąsiadowi, skoro z powodu niezwykłego korzystania sąsiadowi wyrządza szkodę, stoi wyższy trybunał w Berlinie¹³⁵). Powód ma na swoim gruncie przedsiębiornię, a sąsiad na swoim gruncie fabrykę anilinu. Gazy, jakie się wytwarzają w fabryce anilinu, przesiakają grunta i zatrująją wodę w studni powoda. Powód żąda zarządzenia środków zaradczych oraz odszkodowania. Sąd przychylił się do żądania powoda i wywodzi w swym wyroku, że „prawo korzystania z swej własności odnosi się tylko do zwykłego używania swej własności, do nadzwyczajnego używania zaś tylko wówczas, jeżeli sąsiad przez to nie zostaje krępowanym w zwykłym korzystaniu z swej własności“.

Najwyższy sąd dla Bawaryi¹³⁶) zaś zawyrokował, że jeżeli właściciel utrzymuje na swym gruncie wielką ilość gołębi, które siadują na sąsiedniej kamienicy i tam szkodę wyrządzają, to właściciel „korzysta z swej własności w nieuzasadniony sposób“ i sąsiadowi przysługuje przeciw temu skarga negatoryjna.

Że ja jestem obowiązany do ustanowienia służebności przechodu dla sąsiada, jeżeli taka służebność jest dla sąsiada konieczną dla gospodarczego korzystania z gruntu, uznaje też O. A. G. w Dreźnie¹³⁷). Wyraźnie sąd w wyroku podnosi: „*Die Bestellung einer notwendigen Wegegerechtigkeit ist nicht auf den Fall zu beschränken, wenn es ohne sie physisch unmöglich sein würde, auf*

¹³⁵) Seuffert, *Archiv* XXXI, 116.

¹³⁶) Seuffert, *Archiv* XXXIII, 5

¹³⁷) Seuffert, *Archiv* IV, 204.

ein gewisses Grundstück zu gelangen. Vielmehr greift dieselbe schon Platz, wenn ohne den einzuraumenden Weg das Grundstück gar keinen Nutzen gewähren könnte, daher auch, wenn die Veranstaltungen, durch welche sich eine Bewirtschaftung ermöglichen liesse, so kostspielig wären, dass sie den Ertrag ganz verschlingen würden“. Natomiast wyrok podnosi, że taki obowiązek nie istnieje, jeżeli tylko za pomocą tej służebności wartość gospodarska sąsiedniego gruntu może być podwyższona. Że obopólne potrzeby gospodarcze bywają odwazone, wynika z tego, że sąsiadowi wolno tylko wybrać taką drogę, która jemu wystarcza, a mnie najmniej kępuje w używaniu gospodarskiem mego gruntu. To trybunał wspomniany też wyraźnie naznacza¹³⁸⁾

Kilkakrotnie sądy rozstrzygnęły, że puszczanie kłębów dymu na grunt sąsiedni jest niedozwolone, jeżeli sąsiad przez to jest „kępowany w korzystaniu z swego gruntu“¹³⁹⁾. Judykatura przytem zaznacza, iż takie zadymienie sąsiada jest zakazanem nie tylko wówczas, jeżeli to się dzieje dla szykany, ale wówczas, kiedy to ma miejsce n. p. wskutek wadliwego postawienia komina lub z powodu specjalnego procederu wywołującego wielkie masy dymu¹⁴⁰⁾.

A zatem nie o to chodzi, czy wpływy na sąsiedni grunt są pośrednie lub bezpośrednie, nie o to, czy wpływy są większe lub mniejsze, lecz o to, jakie są gospodarskie potrzeby sąsiadów. Dla pojęcia własności wynika z tego, że własność nie jest nieograniczonym władztwem, lecz że ograniczenie ma w sobie samej, nakreszone przez gospodarski pożytek właściciela.

IV.

Zobaczmy teraz, jak się zachowuje wobec teorii Pinińskiego prawo austriackie U. C. § 354 mówi, że własność jest uprawnieniem do dowolnego rozpo-

¹³⁸⁾ Porówn. też Seuffert *Archiv* I, 177, XXVII, 8.

¹³⁹⁾ Seuffert, *Archiv* VIII, 346, XI, 114.

¹⁴⁰⁾ Seuffert, *Archiv* IX, 218.

rządzenia substancją i użytkowaniem swej rzeczy oraz wykluczeniem każdego innego z tego. Oczywiście wykluczenie odnosi się do rozporządzenia substancją i użytkowaniem rzeczy. W §. 362 U. C. to pojmowanie własności przez kodeks austriacki jest potwierdzonem, gdyż §. ten mówi, że właściciel z reguły może wedle woli korzystać lub nie korzystać z swej rzeczy, może ją zniszczyć, przenieść na inną osobę całkowicie lub częściowo, oraz może jej się pozbyć bezwarunkowo, to znaczy ją porzucić. W §. 364 U. C. zaś powiedzianem jest, że ograniczenie własności tylko o tyle ma miejsce, o ile przez używanie własności wykracza się przeciw prawom osób trzecich lub przeciw ograniczeniom ustanowionym w ustawach dla utrzymania i pielegnowania powszechnego dobra. A zatem we wszystkich innych wypadkach jest dozwolonem „dowolne korzystanie“ z własności. Właściciel może wedle ustawy cywilnej austriackiej puścić tyle dymu na grunt sąsiada, ile mu się podoba: sąsiadowi nie przysługuje przeciw temu żaden środek prawny, jeżeli nie uzyskał wyraźnego prawa. na podstawie którego mógłby właścicielowi zakazać korzystanie z swej własności¹⁴¹). Boć to oczywista rzecz, że jeżeli ustawa mówi o „prawach trzecich osób“, to może być mowa tylko o prawach, których treścią

¹⁴¹) Wyraźnie podnosi to R a n d a, *Eigentumsrecht*, (2 wydanie, 1893) str. 117 wobec wszelkich t. zw. pośrednich wpływów. „So lange also der Eigentümer auf seinem Grunde und innerhalb der für die Ausübung des Eigentums aus öffentlichen Rücksichten überhaupt gezogenen Grenzen von seinem Eigentumsrechte Gebrauch macht, kann von einem Übergriff in die Rechtssphäre des Nachbarn in keiner Weise die Rede sein (§. §. 354, 362 — 364, 1305 U. C.). Insbesondere fallen unter den Begriff eines Eingriffs in die Rechte eines Dritten (§. 364 U. C.) durchaus nicht solche Einflüsse auf den nachbarlichen Grund, welche nur mittelbar — sich geltend machen — wie z. B. Verbreitung von Lärm, Rauch, Übelgeruch, Bodenerschütterung, oder Verbreitung von Kalkstaub durch Wind auf fremden Boden“ Dalsze przykłady dozwolonego bezwzględного używania swej własności podaje R a n d a, str. 103 uw. 2, str. 111—115.

jest zakaz takiego używania własności, n. p. o służebnościach¹⁴²).

Znajduje się zatem luka¹⁴³) w U. C. austriackiej, — boc faktycznie taki stan rzeczy jest niemożliwy, aby właściciel mógł dowolnie używać swej własności, choćby z największą szkodą dla sąsiada, jeżeli sąsiad nie uzyskał przeciw temu wyraźnego prawa n. p. służebności, lub jeżeli temu nie stoją na przeszkodzie ustawy o publicznym charakterze. To też ustawodawca starał się wypełnić tę lukę, wydając ze względu na powszechne dobro ustawy, w których ogranicza właściciela w jego własności¹⁴⁴). Ustawy te są administracyjnym i judykatura co do tych spraw należy do administracyjnej władzy¹⁴⁵).

Ale i judykatura cywilna starała się wypełnić wspomnianą lukę kodeksu cywilnego. Albowiem pozostają zawsze jeszcze wypadki, gdzie ustawy administracyjne nie ograniczają właściciela, i gdzie jednakowoż ścisłe zastosowanie kodeksu cywilnego byłoby niemożliwym. Chwyciła się zaś judykatura dwojakiej drogi w celu wypełnienia luki kodeksu cywilnego. Mianowicie opiera

¹⁴²) Tak też Randa, *Eigentumsrecht*, str. 115, 116, 117

¹⁴³) To uznaje też Randa, l. c. 115, 116, 117 uw. 30, str. 118, 131 „*Das österreichische Gesetzbuch kennt keine sog. Legalservitut des Verbotes der ungewöhnlich belästigenden Benutzung eines Nachbargrundstückes*“.

¹⁴⁴) Ustawy odnośne wylicza Randa, *Eigentumsrecht*, str. 105—110

¹⁴⁵) Porówn. Randa, *Eigentumsrecht*, str. 102 uw. 1, str. 104, 110, 118. Tyl. *Prawo austriackie* II, §. 130, l. 2, Randa str. 4 uw. 4, str. 122 uw. 34 a, str. 123 uw. 34 b uważa, że takie wkroczenie władzy administracyjnej najzupełniej wystarcza, aby zaspokoić zwykłe potrzeby życia. Przez to, tak wywodzi Randa, zaznacza prawo, iż własność ma „także“ publiczny charakter. Randa jest tu w sprzeczności z sobą samym, albowiem, jeżeli własność ma także publiczny, a nie tylko indywidualny charakter, to wynikałoby z tego, że potrzeba właśnie uwydatnić ten społeczny charakter w samym pojęciu własności. Naszem zdaniem wkroczenie władzy administracyjnej w tych wypadkach jest tylko pozostałością po nieprzeprowadzonym podziale pomiędzy władzą administracyjną i sądową.

się judykatura na §. 523 U. C., gdzie mowa jest o tem, że właściciel może wystąpić przeciw roszczeniu służebności. Ponieważ w §. 312 II. Kod. Gal. odpowiadającym §-owi 523 U. C. powiedzianem jest, że powód dla uzasadnienia skargi negatoryjnej udowodnić musi „*die an seiner Sache geschehene Störung*“ i ponieważ w U. C. „tylko dla większej jasności“ komisya ustawodawcza umieściła w §. 523 U. C. wyrazy „*Anmassung einer Servitut*“, zatem rozumuje się, że oba wyrażenia są równoznaczne, i że używanie własności według §. 523 U. C. już wówczas jest zakazaniem, jeżeli przez to „przeszkadza się“ sąsiadowi w używaniu jego własności¹⁴⁶⁾. Takie rozumowanie jednakże jest przeciwnem wyraźnemu brzmieniu ustawy. Albowiem ustawa mówi w §. 523 wyraźnie o służebności, paragraf ten zawarty też jest w rozdziale o służebnościach, a zatem nie można się opierać na tym przepisie chcąc uchronić właściciela przed wpływami sąsiada na jego własność, które nie przedstawiają się jako roszczenie służebności. To też w nowszych czasach judykatura austriacka porzuciła tę drogę wypełnienia wspomnianej luki w kodeksie cywilnym¹⁴⁷⁾ i opiera t. zw. prawa sąsiedzkie na §. 364 U. C., gdzie mowa jest o tem, iż właścicielowi przysługuje prawo dowolnego rozporządzenia swą własnością tylko o tyle, o ile to nie sprzeciwia się prawom trzecich osób. Ale i to sprzeciwia się brzmieniu ustawy. Albowiem jeżeli ustawa wywodzi, że właścicielowi przysługuje tylko o tyle prawo dowol-

¹⁴⁶⁾ Porówn Till, *Prawo prywatne austriackie* II § 193, uw. 3, Nowak, *Entscheidungen des k. obersten Gerichtshofes* III, nr. 232 (tom VII str. 71).

¹⁴⁷⁾ Tak też najwyższy trybunał w rozstrzygnięciu z 16. lipca 1895 (Nowak, *Entscheidungen* III, nr. 405, tom X, str. 94): „*Die Anmassung einer Servitut im Sinne des § 523 a. b. G. B. ist nur dann vorhanden, wenn in der That ein Recht in Anspruch genommen wird, welches unter den Begriff einer Servitut fällt*“ Chodziło o to, że pasterz pozwanego pasł jeden raz bydło na łące powoda, mimo że pozwany był to wyraźnie zakazał pasterzowi, a zatem nie rościł sobie żadnego prawa paszenia na łące pozwanego.

nego rozporządzania rzeczą, o ile to nie sprzeciwia się prawom trzecich osób, to oczywiście ustawa miała na myśli wyraźne prawa, które sprzeciwiają się właśnie takiemu rozporządzaniu rzeczą, a zatem n. p. służebności¹⁴⁸⁾. W judykaturze opierającej się na §. 364 rozumuje się zaś, że i prawo własności sąsiada może już sprzeciwiać się dowolnemu używaniu własności¹⁴⁹⁾. Jest to oczywiście niezgodne z ustawą: albowiem, jeżeli właściciel używa dowolnie swej własności i przez to szkodzi sąsiadowi, to prawo własności sąsiada nie może się temu sprzeciwić, albowiem sąsiad na podstawie swej własności nie może kwestyonować prawa dowolnego rozporządzania rzeczą, sąsiad jako właściciel swej rzeczy nie ma zatem żadnego prawa sprzeciwienia się dowolnemu używaniu własności¹⁵⁰⁾. Widocznem jest z tego, że judykatura była poniekąd zmuszoną do takiego tłumaczenia ustawy, gdyż pojęcie własności przyjęte przez U. C. w praktyce jest niemożliwem do przeprowadzenia. Co zaś do miary ograniczenia właściciela, to w dawniejszych wyrokach judykatura po większej części, idąc za teorią *Randy*¹⁵¹⁾, nie dozwalała tylko bezpośrednich wpływów¹⁵²⁾. W nowszych zaś czasach zakazuje judykatura także pośrednie wpływy i w tych wyrokach kieruje się już widocznie gospodarskimi potrzebami tak właściciela jak sąsiada.

¹⁴⁸⁾ To wyroki najwyższego trybunału z dawniejszych czasów też otwarcie uznawają, n. p. G. — U. *Sammlung* XXXIV, nr. 15770, XXIV nr. 10897, XIII nr. 5646.

¹⁴⁹⁾ G. — U. *Sammlung* XXXIII nr. 15504 str. 303, XXXIV nr. 15943, 15967, XXXVI nr. 544. 793. Niektóre wyroki z dawniejszych czasów stoją już na tem samem stanowisku n. p. IV nr. 2057, IX nr. 4361, XI nr. 4937.

¹⁵⁰⁾ Porówn. też wyroki najwyższego trybunału powyżej w uw. 148 przytoczone.

¹⁵¹⁾ *Eigentumsrecht*, str. 118—120.

¹⁵²⁾ G. — U. *Sammlung* XIII nr. 5646, XXXIV nr. 15770.

Wyraźnie najwyższy trybunał naznacza w rozstrzygnięciu z 14 marca 1899¹⁵³⁾, że przy korzystaniu z swej własności, właściciel powinien baczyć na to, że pozwany na swoim gruncie kopał rów, przez co zapadła się ścieżka polna sąsiada. Pozwany powołał się na to, że kopanie rowu było koniecznem, aby zabezpieczyć się przed powodzią. Najwyższy trybunał mimo to przychylił się do żądania powoda o odszkodowanie, wywodząc, że wprawdzie właścicielowi przysługuje prawo dowolnego rozporządzenia swą własnością według §. 362 U. C., że jednakże już §. 364 nakłada nań pewne ograniczenia i że pozwany powinien był kopanie rowu uskutecznić w ten sposób, aby przez to nie wyrządził szkody sąsiadowi¹⁵⁴⁾.

Obszernie wywodzi najwyższy trybunał w innym wypadku¹⁵⁵⁾, że właściciel ma obowiązek racjonalnego gospodarowania na swym gruncie, gdyby z nieracjonalności gospodarstwa szkoda wyrządzoną została sąsiadowi. Chodziło o dwie sąsiadujące cegielnie. Właściciel pozwany brał glinę z swego gruntu w nieracjonalny sposób, skutkiem czego grunt sąsiada osadzał się, pękał i nie dozwalał jego właścicielowi racjonalnego brania gliny. W takim nieracjonalnem gospodarstwie przynoszącem szkodę sąsiadowi upatruje najwyższy trybunał pośredni wpływ na własność sąsiada który nie jest dozwołonym. Wyraźnie trybunał podnosi, że według panującego zapatrywania utwierdzonego zwłaszcza przez R a n d e §. 364 U. C. zakazuje tylko bezpośredni wpływ, że jednakże trybunał przychyliła się do zdania Iheringa rozprowadzonego dla prawa austriackiego przez Ungera, wedle którego także pośrednie wpływy na własność

¹⁵³⁾ G. — U. *Sammlung* XXXVI nr. 544

¹⁵⁴⁾ Tak samo zawyrokował najwyższy trybunał w podobnym wypadku, G. — U. *Sammlung* XXXVI nr. 793

¹⁵⁵⁾ Wyrok z 13. grudnia 1899 (*Entscheid. des k. k. obersten Gerichtshofes, Fortsetzung der von Nowak begründeten Sammlung*) N F. I (1901) nr. 152.

cudzą są zakazane na podstawie §. 364 U. C. „*Der vorgenommene Befund und das Gutachten der Sachverständigen stellen fest, — dass die angrenzenden Realitäten beider Streittheile Ziegeleianlagen bilden, für welche die nothwendigen Lehmquantitäten durch Abgrabung der rückwärtigen Lehne gewonnen werden, dass diese Lehmgewinnung in der primitivsten Weise geschieht, in dem die Lehne senkrecht angeschnitten und die Sohle behufs Nachstürzen von Erdblocken untergraben wird, dass auch seitens des Beklagten auf den ihm gehörigen Parzellen der Lehm auf eine unrationelle Weise gewonnen wird, — wodurch die Substanz der dem Kläger gehörigen Nachbarrealität emschliesslich des Hauses gefährdet wird, — dass sonach dem Beklagten die Grabungen nur unter den im — Klagebegehren zusammengefassten Beschränkungen zu gestatten wäre*“. Dalej trybunał wywodzi, że przychyła się do zapatrywania Ungera, gdyż tylko ono zgadza się z zasadą odpowiadającą „żywołności własności“, — ponieważ „*dieser Grundsatz einzelne zur wechselseitigen Achtung ihrer Interessen*¹⁵⁶⁾ (a nie tylko praw!) *anweist und dadurch das friedliche und gedeihliche Zusammenleben zahlreicher Menschen auf demselben Gebiete ermöglicht*“. Najwyższy trybunał zatem *de facto* przyznaje właścicielowi tylko możliwość wyłącznego gospodarskiego korzystania z swej rzeczy.

Jak dalece judykatura austriacka jest krępowaną przez pojęcie własności przyjęte przez U. C., pokazuje następujący wypadek, w którym rozstrzygnął najwyższy trybunał¹⁵⁷⁾. Pozwany urządził klepisko siodowe obok kamienicy powoda. Skutkiem tego ściana sąsiednia powoda doznała zarysowania oraz zamoknięcia. Powód oblicza swą szkodę na 25 fl. Pierwsza instancja rozstrzygnęła na korzyść powoda. Druga instancja zas oddaliła powoda wywodząc, że pozwany działał w granicach swego prawa i że powód nie może dowieść po-

¹⁵⁶⁾ Porówn też Piniński, *Eigentumsrecht*, str. nr. 52.

¹⁵⁷⁾ G. — U. *Sammlung* XXXIV nr. 15943 z 20. stycznia 1897.

zwanemu żadnej winy jego, na podstawie której pozwany byłby obowiązany do odszkodowania według § §. 1295, 1305 U. C. Najwyższy trybunał przywrócił wyrok pierwszej instancyi i przyznał powodowi żądane odszkodowanie. W powodach swych najwyższy trybunał wywodzi, iż zostało stwierdzonem, że bezpośrednio przez wybudowanie klepiska na gruncie pozwanego tuż obok muru powoda, mur ten osiadł i że skutkiem tego powstało zarysowanie i pęknięcie muru, że zatem efektywnie powodowi szkoda została wyrządzoną. Skoro zaś, tak ciągnie najwyższy trybunał dalej, dowiedzionym jest związek przyczynowy pomiędzy wybudowaniem klepiska i uszkodzeniem muru sąsiedniego, to pozwany obowiązany jest do odszkodowania według § §. 1293, 1295 U. C. Według trybunału najwyższego pozwany nie może się powołać na §. 1305 U. C, ponieważ on „wykroczył przeciw prawu sąsiedzkiemu“ przy korzystaniu z swej własności. Otóż tu leży słaba strona uzasadnienia wyroku. Albowiem ustawa cywilna nie zna „prawa sąsiedzkiego“ w tej ogólności. Na §. 1295 U. C. wyrok oprzeć się nie może, gdyż pozwanemu nie została dowiedziona żadna wina. Albowiem wina jego miałaby tylko wówczas miejsce, gdyby mu było niedozwolonem budować na swym gruncie. Co do tego, to zgadzamy się z Randą¹⁵⁸⁾, że nie można przyjąć z jednej strony dowolności używania swej własności, z drugiej zaś strony obowiązać właściciela do odszkodowania. Z dozwolonej prawnie czynności nie może wynikać obowiązek do odszkodowania, gdyż U. C. zna obowiązek ten tylko w razie winy. Widać z tego wszystkiego, jak judykatura musi naginać ustawę, aby z jednej strony nie obalić pojęcia własności przez U. C. przyjętego, z drugiej strony zadosyćuczynić słusznym żądaniom właściciela w celu

¹⁵⁸⁾ *Eigentumsrecht* str. 124 następn. Tak samo wyrok G. — U. *Sammlung* XXXIII nr 15504 str. 296 do 3. punktu repliki pozwanego oraz str. 299 do tego samego punktu, obalony wprowadzie przez najwyższy trybunał.

należytej obrony jego własności. I w tym wypadku trybunał najwyższy stoi *de facto* na tem stanowisku, że właściciel powinien korzystać z swej własności w gospodarski sposób, zatem jest obowiązany używać swej własności w taki sposób, aby nie szkodził sąsiadowi, skoro to n. p. przez środki zaradcze przy jakiejś budowie jest możliwem ¹⁵⁹⁾.

V

To też nowy kodes cywilny niemiecki natychmiast po postawieniu pojęcia własności sam z siebie wylicza wszystkie ograniczenia, nie zapominając o ograniczeniach z sąsiedzkich stosunków wynikających. Co do samego pojęcia własności, to kodeks niemiecki stoi w zasadzie jeszcze na stanowisku panującego zapatrywania mówiąc w

§. 903: Właściciel może rozporządzać swą rzeczą wedle upodobania, o ile ustawa lub prawa osób trzecich temu nie sprzeciwiają się, oraz wykluczyć inne osoby od wywierania jakiegokolwiek bądź wpływu ¹⁶⁰⁾.

Ale sam ustawodawca zaraz potem poprawia poniekąd własne sformułowanie pojęcia własności, dodając w następnym

§. 904: Właściciel rzeczy nie może zabraniać działania osoby drugiej na rzecz, jeśli działanie jest potrzebne do uchylenia obecnego niebezpieczeństwa, i zagrażająca szkoda stosunkowo do szkody powstającej właścicielowi przez działanie jest nadmiar wielką ¹⁶¹⁾.

¹⁵⁹⁾ Taki sam wyrok w podobnym wypadku u G. — U. *Sammlung* XXXIII nr. 15504.

¹⁶⁰⁾ „*Der Eigenthümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschließen*“.

¹⁶¹⁾ „*Der Eigenthümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines Anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr*

Ale nie tylko ze względu na t. zw. konieczność kodeks niemiecki ogranicza własność, ale także ze względu na gospodarskie potrzeby innej osoby. Mówi to wyraźnie następujący a w rozdziale o własności umieszczony.

§. 906: Właściciel gruntu nie może zakazać naprowadzania gazów, parowych wyziewów, zaduchów, dymu, sadzy, gorąca, hałasu, wstrząśnień i podobnych z innego [nie tylko sąsiedniego!] gruntu wychodzących działań, o ile działanie wcale nie lub tylko pomiernie szkodzi użycowaniu jego gruntu, albo o ile działanie wywołane zostaje takim użycowaniem gruntu drugiego, jakie według stosunków miejscowych u gruntów w ten sposób położonych jest w zwyczaju. Naprowadzanie za pomocą osobnego urządzenia ku temu jest wzbronione ¹⁶²⁾.

Dalsze ograniczenia ze względu na gospodarcze potrzeby właścicieli gruntów zawierają §§. 907 — 924.

Gdyby kodeks niemiecki był przyjął pojęcie własności według naszego autora (możność wyłącznego gospodarskiego korzystania), to wyliczenie ograniczeń byłoby niepotrzebnem. Lub gdyby dla pewności ustawodawca był chciał wyliczyć te ograniczenia jako już niewątpliwe, to one byłyby służyły tylko jako przykład ograniczeń z samego pojęcia własności wynikające i byłyby to pojęcie własności dozwoliło uwzględnienie ewentualnych nowych potrzeb gospodarskich. Wi-

nothwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigenthümer entstehenden Schaden unverhältnissmäßig gross ist. Der Eigenthümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen “

¹⁶²⁾ „Der Eigenthümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Russ, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.

dzimy z tego, że pojęcie własności według naszego autora *de lege ferenda* więcej się zaleca, gdyż ono w wyższym stopniu dozwala, aby prawo szło w parze z rozwojem stosunków praktycznych. Komisya ustawodawcza zdawała też sobie sprawę z tego i wyraźnie zaznacza, że ona ustanowiła pojęcie własności w podanej formie, aby było niewątpliwem, że własność nie podlega innym ograniczeniom jak przez ustawę ustanowionym lub przez prawa trzecich osób nabytym ¹⁶³). Wniosek postawiony w łonie komisji, aby zobowiązać właściciela do odszkodowania, jeżeli on przez używanie swej własności wyrządza komu umyślnie szkodę przeciw dobremu obyczajom wykraczającą, został odrzuconym. Komisya zatem, a za nią ustawodawca, stoją jeszcze w zasadzie na stanowisku bezwzględnego władztwa nad rzeczą i dozwalają tylko ograniczeń wyraźnie w ustawie wymienionych. Ale czy *de facto* samo pojęcie przez to nie zostało już zmienionem? Jeżeli ustawodawca mówi, że właściciel może rzeczą rozporządzić wedle upodobania, a zaraz potem dodaje ograniczenia, i to także ze względu na potrzeby gospodarskie innych osób, to on *de facto* już nie uznaje własności za nieograniczone władztwo nad rzeczą. Boć czy on to mówi w jednym paragrafie lub w więcej, to dla samego pojęcia jest oczywiście obojętnem. Dla tego postawienie pojęcia własności jako prawa dowolnego rozporządzenia wydaje się być więcej sztandarem wywieszonym dla przestrogi, że ustawodawca nie chce puszczać się na „pochyłą drogę“ naruszenia własności indywidualnej. „Dowolne rozporządzanie rzeczą“, które obarczone jest wyjątkami wyliczonymi w 20 paragrafach, już nie jest dowolnem rozporządzaniem. A definicyja postawiona na czele rozdziału o własności nie może zmienić faktycznego stanu rzeczy, wedle którego własność w rezultacie nie jest prawem dowolnego rozporządzania. Atoli stanowisko kodeksu niemieckiego wobec pojęcia własności ma tę doniosłość, że kwestya,

¹⁶³) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B. G. B.* III. str. 119 do §. 903 kodeksu.

jak daleko własność ma być ograniczoną, nie podlega judykaturze, lecz samemu ustawodawcy i to naturalnie musi wpłynąć ujemnie na uwzględnienie ewentualnych nowych potrzeb gospodarskich, w samym kodeksie nie uwzględnionych. Ale nic a nic nie nakłada się przez to hamulca prądom dążącym do zniesienia własności prywatnej wogóle. Żądanie, aby w samem pojęciu własności zadokumentowały się względy gospodarskie, nic nie ma do czynienia z kwestyą racjonalności lub nieracjonalności własności indywidualnej wogóle. Jest to fałszywe zrozumienie rzeczy, które tłómaczy się tem, że bojaźliwie unika się wszystkiego, co mogłoby wzbudzić chociaż tylko poór, że własność w swej egzystencji jest zagrożoną. Nadanie własności gospodarskiego charakteru bynajmniej nie znosi własności indywidualnej, lecz przeciwnie rozwija ją z pożytkiem dla jednostki i ogółu. Boć obrony jednostki w niegospodarskiem korzystaniu z swej własności chyba nikt żądać nie będzie.

Mozność wyłącznego gospodarskiego korzystania z rzeczy pozostaje indywidualną własnością w całej pełni, a zezwala na uwzględnienie nowszych potrzeb gospodarskich w społecznym ustroju. Właścicielowi jest pozostawionem „wyłączne korzystanie“, a zatem jego „interes gospodarski“ w pierwszym rzędzie decyduje. Nie o zniesienie własności, ani też nie „o pierwszy krok“ ku zniesieniu własności chodzi lecz o przystósowanie pojęcia własności do faktycznie już istniejących stosunków i o możliwość dalszego rozwoju tego przystosowania wobec nowych potrzeb społecznych. Należy też zwrócić uwagę na to, że, jeżeli komisya ustawodawcza kodeksu cywilnego miała na myśli, aby przez określenie na czele pojęcia własności jako dowolnego władztwa nałożyć hamulec naruszeniu własności prywatnej — i taką była myśl komisyi, jak świadczy przytoczony ustęp z odnośnego protokołu — to chybiła ona celu. Wprawdzie z postawienia pojęcia własności na czele a dopuszczenia choć dosyć licznych wyjątków wynika, że na podstawie rozdziału o wła-

sności wszelkie dalsze ograniczenia własności zależne są od dalszej woli ustawodawcy i wyjęte z pod rozszerzającego wpływu judykatury. Ale tak rzecz się ma tylko na podstawie rozdziału o własności. Skoro zaś sędzia weźmie do pomocy §. 826 umieszczony w części zobowiązań w rozdziale o niedozwolonym działaniu, to może on własności nałożyć dalsze ograniczenia. Albowiem §. 826 brzmi: „kto w sposób sprzeciwiający się dobrym obyczajom wyrządza umyślnie drugiemu szkodę, obowiązany jest drugiemu do wynagrodzenia szkody“ ¹⁶⁴). A zatem sędzia może ograniczyć właściciela w używaniu własności, jeżeli przez to właściciel w sposób sprzeciwiający się dobrym obyczajom drugiemu umyślnie szkodzi.

Koło tego paragrafu toczyła się zacięta walka, zanim on przyjętym został. W projekcie I (§. 705) uznano za działanie nieprawne obowiązujące do wynagrodzenia szkód tylko takie działanie, które na podstawie powszechnej wolności wprawdzie jest dozwolonym, ale wyrządza drugiemu szkodę i sprzeciwia się dobrym obyczajom. Projekt I. ogranicza zatem obowiązek do wynagrodzenia szkody na te wypadki, gdzie wyrządzenie szkody nie następuje wskutek przysługującego podmiotowego prawa. Pod tym względem stała komisya jeszcze zupełnie na stanowisku *qui suo iure utitur, neminem laedit*. Projekt II (§. 749) nie różni się zasadniczo od pierwszego projektu, a komisya wyraźnie naznacza ¹⁶⁵), że wprawdzie także przy wykonywaniu prawa n. p. własności, służebności, może to wykonywanie sprzeciwić się dobrym obyczajom i wyrządzić szkodę drugiemu, ale że z powodu tego nie powinno się ogólną zasadą ograniczyć wykonywania praw; ewentualnie należy przy własności umieścić odpowiedni przepis. Zdaniem komisyi przyjęcie ogólnej zasady ograniczającej wykonywanie przysługującego prawa na dobre obyczaje

¹⁶⁴) *Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.*

wkraczałoby w dziedzinę moralności i sprowadziłoby pomieszanie pojęć prawa i moralności. O tem, jaką doniosłość ma wprowadzanie czynników moralnych i gospodarskich do systemu prawnego, mówiliśmy powyżej¹⁶⁶⁾. Tylko zaznaczyć tu chcemy, że prawników rzymskich uważamy wszyscy za wzór dobrych prawników, a jednak nie wahali się oni wprowadzić pojęcia „*contra bonos mores*“ do systemu prawnego, przyznając tym „moralnym“ względom taką doniosłość, iż czynność prawną wykraczającą przeciw dobrym obyczajom uznali za nieważną¹⁶⁷⁾. Przepis kodeksu niemieckiego w powyżej przytoczonym brzmieniu projektu drugiego przeszedł także do projektu przedłożonego parlamentowi niemieckiemu jako §. 810. Dopiero komisya parlamentarna postawiła § 826 kodeksu w brzmieniu ostatecznie przyjętem, według którego nawet wykonanie prawa obowiązuje do wynagrodzenia szkody, jeżeli to wykonywanie wykracza przeciw dobrym obyczajom i jeżeli to wykonanie jest uskutecznione „świadomie“ a nie tylko z niedbalstwa¹⁶⁸⁾. Obowiązek do wynagrodzenia szkody może powstać bądź z czynu bądź z zaniechania¹⁶⁹⁾ A

¹⁶⁵⁾ *Protokolle* II, str. 577.

¹⁶⁶⁾ str. 12 i 25.

¹⁶⁷⁾ Ulpian fr. 26 de V. O. 45, 1. *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.* (C 6 de pact. 2. 3 z r. 213. *Pacta quae — contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est.*

¹⁶⁸⁾ Że „świadomie“ *vorsätzlich*, w tem znaczeniu zrozumieć należy, to nie ulega w literaturze żadnej kwestyi. Porówn. komentarz do kodeksu cywilnego przez Planek'a, Achillesa itd II. (1900) do §. 826. Neumann, *Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches* I (1899) do §. 826. W komisji wniosek o skreślenie wymogu „umyślnie“ został odrzucony, przyczem podniesiono, że zwykle wyrządzenie szkody następuje umyślnie a rzadko nastąpi to z niedbalstwa. *Protok.* II. str. 576. 2.

¹⁶⁹⁾ Tak Planek w przytoczonym komentarzu do § 826 pod lit. 2 a). Wątpliwość ma Neumann l. c. Naszem zdaniem, także zaniechane obowiązuje do wynagrodzenia szkody z §. 826. Rozdział XXV mówi o niedozwolonym działaniu. Słusznie komisya w *Protok.* II. str. 568 do §. 823 podnosi,

zatem sędzia przy osądzeniu ograniczeń własności może zupełnie obyć się bez §. 903, odwołując się na §. 826. Tak więc sędzia niemiecki może ograniczyć własność w szerszych granicach niż w §§. 904 — 924 podanych, jeżeli ograniczenie to okazuje się potrzebnem ze względu na dobre obyczaje. Sędzia może zatem uwzględnić nie tylko gospodarskie potrzeby właściciela i sąsiada, ale także powszechnie moralne zapatrywanie. §. 903 został eliminowany przez §. 826. Dochodzimy zatem do rezultatu, że według kodeksu niemieckiego własność jest ograniczoną: 1.) ze względów w §§ 904 — 924 wyliczonych, a zawierających dawniejsze t. zw. prawa sąsiedzkie, 2) przez względy na dobre obyczaje. Oczywiście rzecz, że taka własność nie może być uważaną za możliwość „dowolnego“ używania rzeczy. A że kodeks w §. 903 mimo to wyraźnie tak mówi, to nie ma żadnej wartości. Naszem zdaniem pojęcie własności według kodeksu niemieckiego prawnie jest inne niż w §. 903 określone, a mianowicie tylko możliwością rozporządzenia rzeczą, o ile to nie sprzeciwia się prawnym przepisom lub dobrym obyczajom. Albowiem te części ostatnie definicyi wynikają z specjalnych §§. 904—924 oraz § 826, wobec których §. 903 jako *lex generalis* upada lub przynajmniej zostaje bez prawnych skutków. Albowiem skoro strona, używająca swej własności w sposób przeciw dobrym obyczajom wykraczający, odwołuje się na §. 903, druga strona przez odwołanie się na §. 826 oddalić może pierwszą stronę. Spostrzegamy przy tej sposobności, jak ustawodawca w jednej części przyjmuje uwzględnienie nowych zapatrywań i potrzeb, z drugiej zaś strony siłą bezwładności krępowany nie śmie obalić napisu swej reformy, to znaczy ogólnej zasady. W rzeczy samej kodeks niemiecki zreformował pojęcie własności w myśl nowoczesnych dążeń, reprezentowanych także w rozprawie naszego autora, ale dla zaspo-

że prawo nakłada na osobę pewne nakazy i zakazy. Wszelkie przeciwienie się temu jest działaniem niedozwolonem, a zatem i zaniechanie nakazanego obowiązku jest niedozwolonem działaniem.

kojenia bojaźliwego poniekąd sumienia, czy czasem za daleko nie poszedł, zostawił ustawodawca dawną definicyę pojęcia własności, jako „furtkę“, którą uciec można, gdyby reformatorzy z §. 826 chcieli wyciągnąć za daleko idące konsekwencye. Oczywista rzecz, że ten „strach“ nie powstrzyma dalszego rozwijania się pojęcia własności według wskazówek w §§. 904 – 924, a zwłaszcza w §. 826 nakreślonych.

VI.

Projekt do cywilnego kodeksu szwajcarskiego ¹⁷⁰⁾ mówi w osobnych rozdziałach o własności rzeczy nieruchomości i o własności rzeczy ruchomych. Atoli tak dla nieruchomości jak ruchomych rzeczy umieszcza projekt ogólne zasady dla własności obowiązujące. W rozdziale ogólnych zasad dla własności mówi projekt w art 701: kto jest właścicielem rzeczy, może nią dowolnie rozporządzać w granicach ustroju prawnego ¹⁷¹⁾. A zatem i tutaj własność jest w zasadzie uważana za możność dowolnego rozporządzania rzeczą. Atoli w następnym ustępie tego samego paragrafu projekt zaraz dodaje, że nie wolno używać własności li tylko w celu szkodzenia drugiej osobie ¹⁷²⁾. Ten ustęp występuje przeciw tzw. wykonywaniu prawa z szynkany. W dalszym ustępie tego samego paragrafu mówi projekt, że właściciel może zakazać wszelki nieuprawniony wpływ na swoją rzecz ¹⁷³⁾. Jaki wpływ jest nieuprawniony, o tem projekt nie mówi przy określeniu pojęcia własności.

Natomiast projekt określa inaczej treść własności wobec gruntów. Projekt określa zawartość własności gruntu w art. 726: własność do gruntu obejmuje po-

¹⁷⁰⁾ *Vorentwurf. Bundesgesetz über das Privatrecht. Vierter Teil. Das Sachenrecht* 1899 (Nie ma go w handlu księgarskim).

¹⁷¹⁾ *Wer Eigenthümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen*“.

¹⁷²⁾ *„Er kann von ihr jeglichen Gebrauch machen, der nicht offenbar einzig zu dem Zwecke erfolgt, Andern Schaden zu zufügen“*.

¹⁷³⁾ *„Er kann sie von Jedem herausverlangen, der sie ihm vorenthält, und hat das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren“*.

wierzchnię powietrzną oraz podziemną, o ile w tem dla używania własności ma miejsce interes. Ona obejmuje, z zastrzeżeniem ustawowych ograniczeń, wszystko, co na gruncie jest sadzonym lub wybudowanym, jako też źródła ¹⁷⁴).

A zatem właściciel gruntu ma do powierzchni powietrznej i podziemnej tylko o tyle prawo, o ile ma w tem interes. W tem leży już pojęciowe ograniczenie własności ze względu na gospodarskie potrzeby właściciela. O ile właściciel takich potrzeb nie ma, nie może on rozporządzać powierzchnią powietrzną i podziemną. Jest to daleko idące ustępstwo na rzecz gospodarskiego pojmowania własności. Co zaś do gruntu samego, to i tutaj projekt nakłada właścicielowi gruntu liczne ograniczenia ze względu na sąsiada. Przyczem ogólna zasada dla tych praw sąsiedzkich wypowiedzianą jest w art. 741: każdy jest obowiązany przy wykonywaniu swej własności, a zwłaszcza przy procederze na swym gruncie, do powstrzymania się od wszelkich wykroczeń szkodliwych wobec własności sąsiadów ¹⁷⁵). W drugim ustępie tego samego artykułu 741 oraz w następnych art. 742—762 wyliczone są liczne dalsze ograniczenia w korzystaniu z gruntu, opierające się wszystkie na gospodarskich potrzebach właściciela i jego sąsiadów lub innych osób.

Widzimy zatem, że chociaż projekt szwajcarski nie uważa wprost własności gruntu tylko za możliwość wyłącznego gospodarskiego korzystania z niego, to robi on jednakże liczne zastrzeżenia ze względów go-

¹⁷⁴) „*Das Eigenthum an Grund und Boden erstreckt sich auf den Luftraum über und das Erdreich unter der Bodenfläche, soweit für die Ausübung des Eigenthums hieran ein Interesse besteht.*“

Es umfasst, unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken, Alles, was auf dem Boden gepflanzt oder gebaut ist, sowie auch die Quellen.“

¹⁷⁵) *Jederman ist verpflichtet bei der Ausübung seines Eigenthumsrechts, wie namentlich bei dem auf dem Grundstück betriebenen Gewerbe, sich aller schädigenden Ausschreitungen gegenüber dem Eigenthum der Nachbarn zu enthalten.*

spodarskich. Rozumie się, że ograniczenia takie tylko o tyle istnieją, o ile one w ustawie są wyliczone, choć sędziemu przysługuje do uwzględnienia dalszych potrzeb gospodarskich jeszcze wspomniana w art. 741 ogólna zasada co do wykonywania własności. A zatem projekt szwajcarski w określeniu pojęcia własności gruntu o wiele dalej idzie, niż to czyni kodeks niemiecki w rozdziale o własności. A nawet powiedzieć można, że w rezultacie według projektu szwajcarskiego własność gruntu nie dalej sięga jak do wyłącznego gospodarskiego używania gruntu, z tem tylko zastrzeżeniem, że obowiązek gospodarskiego używania odnosi się tylko w stosunkach do sąsiadów. Do ruchomości projekt nie rozciąga wspomnianych ograniczeń. Do nich odnosi się ogólne określenie zawarte w art. 701, według którego właściciel dowolnie rozporządza swą rzeczą, o ile on tego nie czyni dla zwykanej innej osoby. Tak zdaje się prawie, jakoby projekt szwajcarski chciał ustanowić inne pojęcie własności dla nieruchomości, a inne dla ruchomych rzeczy. Jest to znamienne stanowisko wobec uzasadnionych dążeń obrony gruntów pod względem gospodarskim w interesie rolnictwa europejskiego zagrożonego wzrastającą konkurencją zamorską. Zaniedbanie obrony rolnictwa przez rzymskie prawo doprowadziło rolnictwo Italii do upadku, z którego ono prawie jeszcze za naszych czasów dzwignąć się nie może. Nauka jakoś tym razem nie poszła w las.

VII.

Wykazaliśmy, że tak kodeks niemiecki jak projekt szwajcarski choć nie w sformułowaniu pojęcia własności, to jednakże w dalszem określeniu uprawnień z własności wynikających dochodzą do tego samego rezultatu, do których nasz autor doszedł przy samem sformułowaniu pojęcia własności. Oczywiście dowód, jak bardzo sformułowanie podane przez naszego autora odpowiada dążeniom i potrzebom naszych czasów. Życzyłyby tylko należało, aby i samo sformułowa-

nie pojęcia własności wcześniej się przyjęło, aby przez to ułatwić nową drogę do dalszego rozwoju pojęcia, tak ważną rolę odgrywającego w ustroju społecznym. W tem leży wysoka doniosłość tego sformułowania pojęcia własności.

Rozpatrzmy jeszcze, jak dalece różni się sformułowanie pojęcia własności przez naszego autora od dawniejszych sformułowań, i dalej, czy sformułowanie nowe nie sprzeciwia się zasadom do pojęcia własności w ustroju prawnym przywiązanym.

Zwykle pojmuje się własność jako „nieograniczone władztwo nad rzeczą fizyczną“¹⁷⁶). Niektórzy autorowie zarzucają określenie „nieograniczone władztwo“, ponieważ przeciw temu głównie skierowane są zarzuty ekonomistów¹⁷⁷), i wybierają inne określenia, jak „całkowite władztwo“¹⁷⁸), „ogólne władztwo“¹⁷⁹), „możność rozporządzenia według upodobania¹⁸⁰)“, „możność najzupełniejszego bezpośredniego władztwa¹⁸¹). Pomędzy sobą te określenia zasadniczo nie różnią się, ale one nie różnią się też zasadniczo od określenia „nieograniczone władztwo“. Albowiem zasadniczem w określeniu pojęcia własności jest, czy własność tylko tam jest ograniczoną, gdzie prawo wyraźnie to zaznacza, lub czy ograniczenie wynika z samego pojęcia własności, a zatem ma miejsce nie tylko w wypadkach przez prawo wyraźnieznaczonych. Definicje zaś mówiące o „najzupełniejszym

¹⁷⁶) Porówn. Piniński, *Eigentumsrecht*, str. 7 8 oraz dawniejsze definicje podane przez Bocking'a, *Pandekten* II. §. 134¹⁵.

¹⁷⁷) Porówn. powyżej str. 6¹⁰.

¹⁷⁸) Arndts, *Pandekten* §. 130. („*vollkommener Herrschaft*“) Keller, *Pandekten* I. §. 111.

¹⁷⁹) Dernburg, *Pandekten* I. §. 192.

¹⁸⁰) Źródłowski, *Instytucje* str. 370, Zoll, *Pandekta* II. §. 111. (str. 49).

¹⁸¹) Randa, *Eigentumsrecht*, str. 1. Till, *Prawo pryw. austr.* II. §. 124. (str. 9.).

władztwie“ lub podobnie, przyjmują także ograniczenia tylko w wypadkach przez prawo wyraźnie ustanowionych. To też autorowie otwarcie przyznawają¹⁸²⁾. Przez to różni się właśnie określenie pojęcia podane przez Pinińskiego, gdyż według niego własność jest ograniczoną nie tylko tam, gdzie prawo to naznacza, lecz wszędzie tam, gdzie nakazują to gospodarskie potrzeby. Treść własności określoną jest nie przez „najzupełniejsze władztwo“, lecz przez gospodarskie potrzeby właściciela. Od panującego zapatrywania zasadniczo nie różni się Zoll¹⁸³⁾. Wprawdzie Zoll idzie w swej definicji dalej niż inni autorowie, gdyż mówi: „Własnością nazywamy prawo swobodnego rozporządzania rzeczą, o ileby względy społeczne swobody tej nie ograniczały“¹⁸⁴⁾. Definicja ta formalnie zbliża się bardzo do definicji Pinińskiego. Ale Zoll nie wyciąga żadnych konsekwencji z podanej przez siebie definicji. Ograniczenia własności przyjmuje Zoll tylko w tych wypadkach, w których one wynikają albo „z przepisów prawnych“ albo

¹⁸²⁾ Zoll, *Pandekta* II. §. 112. 2) Till, *Prawo prywatne austr.* II. §. 124¹¹⁾, *Źródłowski*, *Instytucje* str. 370, *Windscheid*, *Pandekten* I. §. 167. (*durch eine besondere That des Rechts*), *Dernburg*, *Pandekten* II. §. 192. uw. 7. zastrzega się przeciw temu, jakoby ograniczenia własności sprzeciwiały się „idei własności“, oraz zwraca uwagę na to, że we wszystkich czasach historii własność była ograniczoną ze względu na społeczeństwo. Ale z pojęcia własności przez Dernburga przyjętego, ograniczenie nie wynika. Wprawdzie Dernburg I §. 199 mówi, że własność właściciela gruntu kończy się na granicy gruntu i z tego wywodzi on zakaz immissyi. W następnym paragrafie wylicza on dopiero ograniczenia przez pozytywne prawo wprowadzone. A zatem Dernburg przyjmuje także ograniczenia prócz tych, które prawo wyraźnie naznacza, ale te ograniczenia poza prawem istniejące opiera on na materialnym wpływie na cudzą własność. Gospodarskich potrzeb nie uwzględnia Dernburg. *Randa* *Eigentumsrecht*, str. 1. „durch das positive Recht mit Rücksicht auf das Gemeinwohl begrenzte“. *Windscheid*, *Pandekten* I. §. 167⁷⁾

¹⁸³⁾ *Pandekta* II. str. 49.

¹⁸⁴⁾ Na to określenie zwraca Zoll uwagę w Przeglądzie polskim, tom 139 str. 457. (1900, kwartał III.).

z praw trzecich osób¹⁸⁵⁾). Jednakże jest zasługą Zolla, że on t. zw. prawa sąsiedzkie tłumaczy z względów społecznych i dla tego uważa n. p. za niedozwolony wpływ taki, który jest „silniejszy i przez to szkodliwszy“. Ale różnica według pojmowania Zolla polega na tem, że także według Zolla niema miejsca ograniczenie, skoro wymagają tego w danym wypadku tylko „względy społeczne“. Zadaniem sędziego byłoby rozstrzygnąć, czy w danym wypadku „względy społeczne“ uzasadniają ograniczenie lub nie; tak jak według definicji Pinińskiego sędzia w danym wypadku rozstrzyga, czy gospodarskie korzystanie z rzeczy wymaga ograniczenia lub nie. Według Zolla ograniczenie własności tylko tam ma miejsce, gdzie względy społeczne wyraz znalazły w pozytywnem prawie. To właśnie jest zasadnicze, że Piniński idzie poza granice pozytywnego prawa i wprowadza do pojęcia prawnego czynnik ekonomiczny, który decyduje o przyjęciu lub nieprzyjęciu ograniczenia w danym wypadku.

Randa¹⁸⁶⁾ mówi nawet, że to jest koniecznym wymogiem, aby własność tylko tam była ograniczoną, gdzie pozytywne prawo wyraźnie to zaznacza i przypuszcza, że wprowadzenie ograniczenia do samego pojęcia własności stworzyłoby własność z powodu nieokreślonych ograniczeń nieżywozną („*ein wegen unberechenbarer Beschränkungen lebensunfähiges Eigentum*“). Te obawy Randy zbija nowy niemiecki kodeks cywilny, według którego, jak powyżej wykazaliśmy¹⁸⁷⁾, własność jest wszędzie ograniczoną, gdzie tego wymagają „dobre obyczaje“. Kodeks niemiecki przyjmuje zatem przez wprowadzenie §. 826. „nieokreślone“ ograniczenia. Że zaś wprowadzenie czynnika ekonomicznego, który decyduje o ograniczeniach, jest możliwem i że ono miało miejsce w prawie rzymskiem, to wykazaliśmy także¹⁸⁸⁾. Nie są-

¹⁸⁵⁾ *Pandekta* II. str. 50. 1.) 2).

¹⁸⁶⁾ *Eigentumsrecht*, str. 116. uw. 29.

¹⁸⁷⁾ str. 657 następ.

¹⁸⁸⁾ str. 12 następ.

dzimy, aby własność stała się nieżywozną przez to, że one w swej treści stosuje się do społecznych stosunków. Przeciwnie takie pojmowanie własności tylko przyczynić się może do utrzymania ściślejszego związku pomiędzy prawem abstrakcyjnym a praktycznym życiem.

Zasadniczo nie zmienia też panującego zapatrywania, jeżeli się do pojęcia własności dodaje, że własność jest najzupełniejszym władztwem, o ile nie stoją na przeszkodzie przepisy prawne lub prawa trzecich osób¹⁸⁹⁾. Dodatek taki jest niepotrzebny, gdyż to samo przez się rozumie się i wszędzie prawo jest ograniczone przez prawa trzecich osób względnie przepisy prawne. Dalej z owego dodatku nie wynika ani jedno nowe ograniczenie, lecz przeciwnie dodatek ten podnosi, że tylko przepisy prawne mogą ograniczyć własność. W tem leży zasadnicza różnica pomiędzy pojęciem własności według Pinińskiego i pojęciem według innych określeń. Jeżeli zaś uważa się ten dodatek za potrzebny, aby wskazać na siłę ekspazywną własności, mocą której własność wraca do najzupełniejszego władztwa, skoro ograniczenie z jakichkolwiek powodów upada¹⁹⁰⁾, to ta ekspazywność własności uwydatnia się w pojęciu Pinińskiego przez wyraz „wyłącznego“ gospodarskiego korzystania. Zresztą ta ekspazywność w dawniejszych określeniach wystarczająco jest naznaczoną przez wyraz „nieograniczone“ lub najzupełniejsze“ i t. p.

VIII

Należy jeszcze stwierdzić, czy pojęcie własności, podane przez Pinińskiego jako możność wyłącznego gospodarskiego korzystania z jakiejś rzeczy fizycznej, odpowiada zasadom w naszym ustroju prawnym do pojęcia własności przywiązanym.

¹⁸⁹⁾ Till, *Prawo pryw. austr.* II. §. 124⁹, *Źródłowski Instytucyje*, str. 370.

¹⁹⁰⁾ To podnosi Till, *Prawo pryw. austr.* II. §. 124⁹.

1) Właścicielowi przysługuje *rei vindicatio* swej własności¹⁹¹⁾. Formułka rzymskiej *rei vindicationis* brzmiała: *Si paret rem, qua de agitur, ex iure Quiritium A' A' esse etc.*¹⁹²⁾. Czy ta *rei vindicatio* da się zastosować do naszego pojęcia własności? Możliwość zarzucić, iż w naszym określeniu pojęcia nie jest uwytatniony bezpośredni stosunek właściciela do swej rzeczy. Mówiąc, że właściciel ma możność wyłącznego gospodarskiego korzystania z rzeczy, można mieć wątpliwość, czy właściciel może powiedzieć, że rzecz jest jego. Zarzut taki jest nieuzasadniony. Albowiem użytkowca ma niewątpliwie *in rem actionem*, a jednakże formułka brzmiała: *Si paret A° A° ius esse eo fundo quo de agitur uti frui*¹⁹³⁾. Jeżeli zatem właściciel utrzymuje że jemu przysługuje wyłączone gospodarskie korzystanie z rzeczy, to niewątpliwie może on powiedzieć, że rzecz jest jego i może wnieść ku swojej ochronie windykację

2) Własność ma moc ekspansywną, t. zn., że skoro ograniczenie z jakichkolwiek powodów upada, własność wraca do pełni swej treści¹⁹⁴⁾. Ma to miejsce zwłaszcza przy ograniczeniu własności przez prawa rzeczowe drugiej osoby n. p. przez służebności. Ta moc ekspansywna uwytatnia się w określeniu Pinińskiego przez wyraz „wyłącznego“ korzystania. Właściciel ma możność wyłącznego korzystania, o ile drugiej osobie na podstawie osobnego prawa nie przysługuje możność korzystania w pewnym kierunku. Skoro to prawo drugiej osoby upada, wyłączenie korzystania przez właściciela występuje znów w całej pełni. Przez to różni się własność od praw rzeczowych na cudzej rzeczy, mocą których przysługuje uprawnionemu

¹⁹¹⁾ Że możność windykowania jest istotną zasadą własności, podnosi Muhlenbruch, *Pandekten* (1844) II. §. 229. Porów. też Randa, *Eigentumsrecht*, str. 8. 14.

¹⁹²⁾ Lenel, *Ed. perp.* str. 145.

¹⁹³⁾ Lenel, *Ed. perp.* str. 149.

¹⁹⁴⁾ Porówn. Randa, *Eigentumsrecht*, str. 2. Windscheid, *Pandekten* I. §. 167⁶.

tylko możliwość korzystania w pewnym kierunku. To ostatnie odnosi się także do *emphyteusis*, choć tu możliwość korzystania idzie bardzo daleko ¹⁹⁵⁾. Wyłączne korzystanie przysługuje jedynie właścicielowi. Definicja Pinińskiego różni się od dawniejszych definicji nie przez odmienne określenie zakresu (*quantitas*) własności, lecz przez odmienne określenie stosunku właściciela do rzeczy. Dawniejsze definicje upatrują ten stosunek w „wiadztwie“ nad rzeczą, o którym decyduje tylko wola właściciela, Piniński w „gospodarskim korzystaniu“ z rzeczy, o którym decydują gospodarskie potrzeby właściciela. Co do zakresu własności, to definicja Pinińskiego obejmuje całą rzecz, tak samo jak dawniejsze definicje. Dlatego i według definicji naszego autora własność bynajmniej nie jest ogółem pewnych poszczególnych uprawnień do rzeczy ¹⁹⁶⁾, lecz obejmuje całą rzecz, której wyłączne gospodarskie używanie należy do właściciela.

3) Mocą własności tylko właściciel nią rozporządza i każdego innego od tego wykluczyć może ¹⁹⁷⁾. To ma miejsce także przy określeniu pojęcia własności według teorii Pinińskiego, albowiem właścicielowi przysługuje możliwość wyłącznego gospodarskiego korzystania.

¹⁹⁵⁾ To samo odnosi do t. zw. własności użytkowej austriackiego kodeksu cywilnego (Till, *Prawo pryw. austr.* II str. 10), gdyż ta użytkowa własność zawiera w sobie tylko możliwość korzystania w pewnym kierunku. Podzielamy zapatrywanie Randa, *Eigentumsrecht*, str. 17, 18, według którego t. zw. użytkowa własność kodeksu austriackiego jest tylko daleko idącym prawem na cudzej rzeczy, które przedstawia ograniczenie własności, ale nie jest samo w sobie własnością.

¹⁹⁶⁾ Dawniej upatrywano w tem treść własności i starano się o wyliczenie wszystkich tych uprawnień. Dzisiaj to zapatrywanie jest słusznie porzuconem. Porówn. Zoll, *Pandekta* II, § 111. str. 49, Till, *Prawo pryw. austr.* II. §. 124⁶, Randa, *Eigentumsrecht*, str. 6⁸ str. 7. 8. 25 uwaga. Windscheid, *Pandekten* I. §. 167².

¹⁹⁷⁾ Windscheid, *Pandekten* I. §. 167.

4) Przedmiotem własności może być każda rzecz fizyczna, o ile wogóle znaleźć się może w obrocie prawnym, tak pojedyncza, jak złożona i zbiorowa ¹⁹⁸). Natomiast nie może być przedmiotem własności rzecz niezmysłowa, a zatem prawo ¹⁹⁹). Z tem zgadza się określenie naszego autora.

5) Czy według określenia Pinińskiego może istnieć *nuda proprietas*?²⁰⁰). Sądzymy, że tak! Albowiem, ponieważ właścicielowi przysługuje możliwość wyłącznego gospodarskiego korzystania z rzeczy, to wynika z tego, że właściciel może ograniczyć swe korzystanie tak dalece, iż jemu nic nie zostaje, póki te ograniczenia, n. p. prawa rzeczowe innych osób, istnieją. Jego własność uwydatnia się jednakże zawsze jeszcze przez to, iż jemu możliwość korzystania wraca, skoro ograniczające go prawa drugich osób gasną, gdyż jemu jako właścicielowi przysługuje możliwość wyłącznego korzystania Słusznie Vangerow ²⁰¹) podnosi, że nie robi to ujmy właścicielowi w jego prawie własności, jeżeli on z swej własności nie korzysta, gdyż „prawo własności polega tylko na prawnej możliwości i wszystkich możliwych uprawnień do rzeczy“. To samo należy powiedzieć o określeniu naszego autora. Ponieważ własność jest możliwością wyłącznego gospodarskiego korzystania z rzeczy, to właściciel nie przestaje jeszcze nim być, kiedy z tej możliwości nie korzysta. Z tem łączy się inna kwestya. Możliaby ewentualnie zapytać, że jeżeli właściciel nie korzysta w gospodarski sposób z swej własności, czy przez to on traci własność? Bynajmniej nie! Obowiązek do gospo-

¹⁹⁸) Windscheid, *Pandekten* I. §. 168.

¹⁹⁹) Windscheid, *Pandekten* I. §. 168. Tak zw. niematerialne rzeczy, jak własność literacka i t. p. przedstawiają się wobec dawniejszej definicyi własności tak samo, jak wobec naszej. Niema zatem powodu o tem mówić. Sądzymy jednakże, że teoria Pinińskiego i tutaj przyczynić się może do usunięcia trudności.

²⁰⁰) Porówn. Mublenbruch, *Pandekten* II. §. 241. 1).

²⁰¹) *Pandekten* ³ (1876) I. §. 295 uw. 1.

darskiego korzystania nakłada na właściciela tylko przymus zaniechania czynności, które innemu szkodę wyrządzić mogą, a ew. nawet przymus do przedsięwzięcia pozytywnych czynności, aby uchronić innego przed szkodą, jeżeli te pozytywne czynności wynikają z gospodarskiego używania własnej rzeczy. Skoro właściciel nie czyni zadość temu obowiązкови, to odpowiada on za powstającą wskutek tego szkodę. Jeżeli nikt szkody nie ponosi, to nie powstaje też żadna pretensya do właściciela, a zatem nie może to wywierać żadnego wpływu na jego własność. Gdzie niema powoda, tam też niema prawa. Z tem łączy się następująca kwestya.

6) Czy według definicyi Pinińskiego właściciel może swą własność zniszczyć? Pernice ²⁰²⁾ uważa tę możność za istotną dla pojęcia własności, a austryacka ustawa cywilna (§. 362) wyraźnie podnosi możność zniszczenia jako przysługujące właścicielowi uprawnienie. Sądzimy, że uprawnienie do zniszczenia przysługuje właścicielowi także według określenia Pinińskiego. Właściciel ma możność wyłącznego gospodarskiego korzystania, ale nie obowiązek. Gdyby właściciel przez zniszczenie wyrządził szkodę sąsiadowi, to odpowiadałby za to, chyba że zniszczenie wymaganem jest ze stanowiska gospodarskiego.

A zatem definicya Pinińskiego odpowiada wszystkim zasadom, jakich wymagamy od własności w systemie prawnym.

Objawszy jeszcze raz praktyczny rezultat określenia własności przez Pinińskiego, powiedzieć można, że na razie praktyczne skutki uwydatniają się głównie w stosunkach sąsiedzkich i w nauce o prawach na cudzej rzeczy. Właściciel jest ograniczonym ze względu na gospodarskie potrzeby tak własne jak innych osób. Temu odpowiada n. p. też stanowisko kodeksu niemieckiego, który w §. 826 robi odpowiedzialnym każdego,

²⁰²⁾ Hildebrand's *Jahrbücher f. Nationalökonomie u. Statistik* XXXV 1880 (N. F. I) str. 347. II.

który drugiemu szkodę wyrządza w sposób sprzeciwiający się dobrem obyczajom. To jest dowód, że określenie dane przez Pinińskiego liczy się z faktycznym stanem rzeczy, skoro *de facto* kodeks niemiecki dochodzi do tego samego rezultatu, jak powyżej wykazaliśmy. A co do rzeczy ruchomych? Tu pojęcie własności nie odgrywa tak ważnej roli. Korzystanie z rzeczy ruchomych odbywa się zwykle za pomocą umowy, a tu decydują zasady prawa obligacyjnego. Jednakowoż nie przeczy my, że i dla rzeczy ruchomych definicya Pinińskiego może sprowadzić w danym razie ograniczenie. Że ograniczenie własności ruchomej nie byłoby przeciwnem zadaniu własności, na to mamy dowód w prawie rzymskiem, które zakazuje złego obchodzenia się z niewolnikami, a zatem z rzeczą ruchomą ²⁰³⁾.

Ale definicya Pinińskiego nie tylko określa lepiej i ściślej własność w obecnym ustroju prawnym, i nie tylko przez to pociąga za sobą praktyczne skutki (ograniczenie własności, prawa na cudzej rzeczy), ale ona daje podstawę do dalszego rozwoju pojęcia własności w społecznym kierunku. Naszem zdaniem ta definicya robi wielki krok ku uspołecznieniu prawa cywilnego, dając społeczną definicyę tak ważnego pojęcia, jakim jest własność. O uspołecznieniu prawa cywilnego dużo mówiono w ostatnim czasie ²⁰⁴⁾ Naszem zdaniem to uspołecznienie, jeżeli ono ma prowadzić do zbawionego rezultatu, nastąpić może tylko w ten sposób, że wprowadzimy do tych poszczególnych pojęć prawnych, które tego wymagają społeczne czynniki, wskazując przez to w samem pojęciu, gdzie i jak dalece w danym wypadku potrzeby społeczne mają być uwzględnione ²⁰⁵⁾.

²⁰³⁾ Porówn. też Girard, *Droit romain* ³, 1901, str. 252, uw. 4.

²⁰⁴⁾ Gierke, *Die sociale Aufgabe des Privatrechts*, 1889, A. Menger, *Über die socialen Aufgaben der Rechtswissenschaft* 1895, oraz *Das bürgerliche Recht u. die besitzlosen Volksklassen*, 1890.

²⁰⁵⁾ Porówn. powyżej str. 6 i n.

Jeżeli to przeprowadzimy w ten sposób, iż wszystkie potrzeby społeczne znajdą wyraz w odpowiednim sformułowaniu odnośnych pojęć prawnych, wówczas będziemy mieli społeczne prawo. Piękne to zadanie, ale nie tak łatwe do rychłego urzeczywistnienia. Piniński spełnił to wobec pojęcia własności. Przez to Piniński uratował własność indywidualną i wykazał, że dla zaspokojenia potrzeb społecznych bynajmniej nie potrzeba zniesienia własności indywidualnej. Socjaliści, którzy dążą do zniesienia własności indywidualnej, nie zmieniają własności, lecz tylko właściciela²⁰⁶⁾; a któż nam zaręcza, że własność państwowa nie pociągnie za sobą tych samych złych następstw co własność indywidualna! Skoro pojęcie własności w ręku państwa będącej ma pozostać „nieograniczonem władztwem“, to wielkiem jest prawdopodobieństwo, że „to nieograniczone władztwo“ tak samo da się ujemnie we znaki jak „nieograniczone władztwo“ prywatnej osoby. Jeżeli zatem dąży się do reformy prawa własności, to ona tyczeć się winna nie osoby właściciela lecz pojęcia własności. Indywidualna własność przedstawia tak wielką wartość dla jednostki ludzkiej jak wolność osobista. W nowoczesnych dążeniach do uwzględnienia dobra ogółu, zaczyna się prawie zapominać o jednostce, która przecie pragnie istnieć nie tylko dla ogółu, lecz także dla siebie, dla rozwoju własnego ja. W zgodzie interesów indywidualnych i społecznych leży rozwiązanie kwestyi socjalnej. Własność indywidualna, mieszcząca w sobie ograniczenie społeczne przedstawia tę zgodę, o ile chodzi o własność, która tak wielką odgrywa rolę w stosunkach ludzkich.

IX

Na końcu jeszcze kilka krytycznych uwag wobec teorii Pinińskiego i naszych własnych powyższych wywodów! Jeżeli przyjmujemy pojęcie własności jako

²⁰⁶⁾ Słusznie to podnosi Randa, *Eigentumsrecht*, str. 24 uw., str. 27.

możność wyłącznego gospodarskiego korzystania z rzeczy fizycznej, to nasunąć się musi pytanie, czy przez to nie rozszerzamy zanadto kompetencji sędziego. Czy nie mogłoby się zdarzyć, że sędzia rozpatrzy gospodarskie potrzeby stronniczo? Czy zatem to, co zyskamy przez społeczne określenie pojęcia prawnego, wprawdzie dozwoli sędziemu na uwzględnienie w wyższym stopniu konkretnych potrzeb życiowych, ale zarazem otwiera wrota dla korupcji sędziego? Nie może zatem sędzia w uwzględnieniu gospodarskich potrzeb jednego właściciela odebrać drugiemu właścicielowi, co jemu jest potrzebnem do zaspokojenia własnych potrzeb? A chociaż sędzia oczywiście według danego pojęcia musi baczyć tak na potrzeby gospodarskie jednego jak drugiego właściciela, to nie ulega wątpliwości, że dużo pozostawia się sędziemu do swobodnego osądzenia. W każdym razie widzimy, że wymagamy tu od sędziego prawie jeszcze fachowego gospodarskiego wykształcenia. A chociaż sędzia może co do kwestyi gospodarskich potrzeb zasięgnąć opinii rzeczoznawców, to jednakże raz te opinie nie są dla niego obowiązujące, a po drugie, te opinie nie są zawsze bezstronne. Silniejsza strona łatwiej będzie mogła się wystarać o opinię, która wykazuje, że takie a takie korzystanie z gruntu absolutnie potrzebnem jest dla gospodarskiego korzystania z rzeczy. To wszystko jednakże nie może nas skłonić do porzucenia postawionej teoryi, ale raczej nasuwa nam tę myśl, która każdemu prawnikowi tak często nasuwać się musi, mianowicie o odwiecznej prawdzie, że sprawiedliwość nie jest tak łatwą do osiągnięcia. Nie może nas to zawrócić z obranej drogi, ale raczej popchnąć do nowych starań, których celem winno być usunięcie tego pierwiastku ujemnego, jaki tkwi w społecznem określeniu pojęcia własności. Bo że to społeczne określenie ma niewątpliwie dodatnią stronę, tego zaprzeczyć nie można. Ona dozwala uwzględnienie konkretnych życiowych potrzeb, ono zmniejsza przepaść pomiędzy prawem a życiem praktycznem; a to jest niewątpliwie postęp w określeniu

pojęcia własności. Tutaj niech nam wolno będzie rzucić kilka ogólnych uwag. Nie ulega kwestyi, że czysto abstrakcyjne określenie pojęć prawniczych ma wyższość wobec społecznego określenia tych pojęć. I jak już powyżej wykazaliśmy, abstrakcyjne pojęcia na zawsze stanowić muszą podstawę naszego systemu prawnego. Abstrakcyjne określenie pojęć jest najlepszą gwarancją jednostajności judykatury. Ale kwestya jest, czy jest możliwym system prawny zawierający tylko abstrakcyjne pojęcia. Naszem zdaniem, mimo wszystkich wysiłków, taki system nie jest możliwym. Życie jest z nadto skombinowane w różnorodnych objawach obrotu, aby ono dało się opanować przez ograniczoną choć liczną ilość abstrakcyjnych pojęć. Rozwój stosunków ludzkich wywołuje coraz nowe kombinacje życiowe, które nie są uwzględnione w istniejących abstrakcyjnych pojęciach. Tu chyba ustawodawca musiałby co chwila normować na nowo te stosunki nowo powstałe. Rzut oka na nowoczesne ustawodawstwo uwydatnia to najwyraźniej. Nowe ustawodawstwa t. zw. robotnicze wymagają prawie co roku nowel regulujących nowo powstałe kwestye. Naszem zdaniem bez pojęć zawierających społeczne lub etyczne czynniki, żaden system prawa obejść się nie może. Prawo rzymskie, które w tak subtelny i obszerny sposób starało się uregulować stosunki ludzkie za pomocą abstrakcyjnych zasad prawa, bez pojęć, czy to społecznie, czy etycznie określonych obejść się nie mogło. W prawie obligacyjnem wytworzyło ono pojęcie niemoralnej umowy, a w *bonae fidei iudicium* dało ono sędziemu przysięgłemu szeroką atrybucję zasądzenia pozwanego do wszystkiego, czego wymaga powszechna uczciwość (*ex fide bona*). Zadaniem nauki prawa jest, naszem zdaniem, wykazanie, gdzie i o ile społeczne określenie pojęcia prawnego jest koniecznością, aby judykatura zadosyć uczynić mogła wszystkim potrzebom życiowym.

Ale wspomnieliśmy już, że społeczne określenie pojęcia prawnego mieści w sobie także ujemną stronę.

Pojęcie własności według określenia Pinińskiego jest tylko jednym przykładem takiego nie-abstrakcyjnego określenia pojęć prawnych. Czy niema sposobu, aby usunąć tę ujemność w społecznym określeniu pojęć? Zobaczmy, jak prawo rzymskie zachowało się wobec tego zagadnienia.

W pojęciach społecznie lub etycznie określonych prawo rzymskie pozostawiało osądzenie społecznej, względnie etycznej strony sędziemu; to należało do *officium iudicis*. Jeżeli zatem sędzia w *bonae fidei iudicium* był obowiązany do zasądzenia pozwanego do wszystkiego, czego od pozwanego wymagała powszechna uczciwość (*bona fides*) t. zn. zapatrywanie uczciwych ludzi, czy to zależało od dowolnego widzimisię sędziego, co odpowiada zapatrywaniu uczciwych ludzi? Tutaj niewątpliwie atrybucya sędziego była bardzo szeroka. Sądzić według tego, co jest powszechną uczciwością, czy to nie znaczy obalać cały system prawny? Bo czemże jest ta powszechna uczciwość? Wprawdzie prawo ścięśniało tę atrybucyę o tyle, jak już wykazaliśmy (str. 16, 25), że tylko tam sędzia sądził pozwanego według tej powszechnej uczciwości, gdzie przez prawo wyraźnie do tego był upoważniony i zobowiązany, t. zn. w *bonae fidei* iudycjach. Ale w tych *bonae fidei* iudycjach, do których prowadzą prawie wszystkie umowy powszedniego życia, atrybucya sędziego była niewątpliwie szeroka. Jak prawo rzymskie zapobiegło nadużywaniu takiej szerokiej atrybucyi? Bo aby sędzia rzymski był lepszym od nowoczesnego, aby mniej podlegał pokusom egoistycznym, tego w obronie nowoczesnych sędziów utrzymywać nie wolno. A zatem prawo rzymskie musiało mieć jakiś środek! Tym środkiem była nauka prawa. Prawda, że sędzia według prawa sądził w *b. f. iudicium* pozwanego według powszechnej uczciwości, ale nauka prawa starała się zebrać wszystkie obowiązki pozwanego, do których ten był obowiązany według powszechnej uczciwości. Korzyść z tego była następująca. Nauka prawa mogła iść w ślad za nowymi potrzebami

życia i mogła ustanowić zasadę, że to i to należy uwzględnić według powszechnej uczciwości. Ustawodawstwo, a nawet pretor nie potrzebował tu wkraczać. Zwyczajowo ustaliło się, czy dany obowiązek pozwanego odpowiada powszechnej uczciwości lub nie. Sędzia musiał się trzymać tego zwyczaju, a jeżeli on chciał go rozszerzyć, to oczywiście ponosił za to odpowiedzialność, wprawdzie nie wobec prawa, bo to upoważniało go do osądzenia według powszechnej uczciwości, co jest podmiotowem zapatrywaniem sędziego, ale wobec publiczności. Sędzia, który byłby chciał podciągnąć pod pojęcie powszechnej uczciwości coś, co nie byłoby odpowiadało tej uczciwości, byłby wywołał krytykę publiczną. A zatem tu nauka prawa stanowiła pewien hamulec dla sędziego. Jak nauka prawa starała się bliżej określić, co odpowiada powszechnej uczciwości w *bonae fidei iudicium*, na to mamy liczne dowody. Niektóre takie określenia skryształizowały się wprost w ustalonych zdaniach. I tak, jako ustalone zdanie przytacza

Ulpian fr. 7, § 5 de part. 2, 14: *solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*.

Jeżeli zatem strony zawarły nieformalną dodatkową umowę, to powszechna uczciwość wymagała, aby ta dodatkowa umowa była obowiązująca w *b. f. iudicium*, chociaż z głównej umowy obowiązek, jaki wzięła na siebie strona w dodatkowej umowie, nie ciążył na stronie.

Nauka prawa wytworzyła na podstawie tej atrybucji sędziego do zasądzenia pozwanego według powszechnej uczciwości liczne zasady, których sędzia musiał się trzymać, jako wynikających z powszechnej uczciwości²⁰⁷⁾. Nauka zatem oraz odpowiedzialność przed publicznością w razie przekroczenia granic przez naukę nakreślonych stanowiły rękojmię przeciw nadużywaniu tej szerokiej kompetencji sędziego. Podobnie się ma

²⁰⁷⁾ Porówn. Pernice *Labeo* II², 1 str. 170 następ. O *officium iudicis* ciekawe choćnie wyczerpujące badania zrobił Bekker, *Aktionen* II str. 154 następ.

rzecz z etycznym określeniem pojęcia umowy *contra bonos mores*²⁰⁸). I tutaj nauka wytworzyła liczne zasady, co jest przeciw dobrym obyczajom, których to zasad przez naukę wytworzonych sędzia choć nie prawnie, to jednakże moralnie i faktycznie trzymać się musiał.

A zatem jest środek, aby zapobiedz ujemnym skutkom społecznego określenia jakiegoś pojęcia prawnego. Dla pojęcia własności wynika z tego ta konsekwencya, iż nie wystarcza samo społeczne określenie pojęcia własności, ale należy jeszcze „chodzić“ koło przeprowadzenia tego społecznego określenia. Zadaniem nauki prawa jest oznaczyć w szczegółach, czego właściciel gruntu może żądać w celu wyłącznego gospodarskiego korzystania z swej własności, i co z drugiej strony ścierpieć winien w celu takiego samego korzystania u właściciela bliźniego. Jest to rzeczą naturalną, że określenie pojęcia własności, która stanowi w znacznej części podstawę całego ustroju społecznego, wymaga dalszej pracy w szczegółach, i że samo określenie tego pojęcia jest początkiem ewolucyi może na wieki, ale nie może być tej ewolucyi już ostatecznym wyrazem. Ewolucya jest to ciągłe działanie. Ustawodawstwo działa i może działać tylko *ra z o w o*. Jeżeli pragniemy ewolucyi stósunków społecznych, to ją uzyskać możemy tylko za pomocą ciągłego działania. Skoro zostaje postawiona na wskroś społeczna i do dalszego rozwoju przydatna definicya, że własność jest gospodarskiem korzystaniem z rzeczy, to warto iść w ślad za konsekwencyami takiego określenia własności i baczyć na to, aby konsekwencye fałszywe nie spaczyły szczytnego zadania. Wszakże chodzi o jedną z podstaw całego ustroju społecznego i rozwoju tej podstawy nie na lata lub dziesiątki lat, lecz na całe wieki. Może zdawałoby się, że

²⁰⁸) Porówn. Lotmar, *Der unmoralische Vertrag* 1896. Autor stara się ściślej określić, co jest niemoralnem według pojęcia prawnego „niemoralna umowa“. Zob. uwagi moje w *Z d. Sav. St.* XVIII (1897), str. 291.

wobec tych krytycznych uwag samo społeczne określenie ostać się nie może, że nie warto rozpoczynać takiej pracy ewolucyjnej. Byłoby to mniemaniem najfałszyw-
szem. Każda rzecz wymaga przygotowania gruntu. I je-
żeli dążymy do rozwiązania tak doniosłego zagadnienia,
jakiem jest zagadnienie własności, to praca, która wska-
zuje wyraźny cel, nie może być zaniechaną dla tego, iż
ona wymaga jeszcze nakładów. Zwłaszcza nauka prawa,
jako ścisła nauka, ma zadanie, wyświetlić wszystkie
konsekwencje i określić w szczegółach granice, wyni-
kające z nowego pojęcia własności. Wobec nowocze-
snych zagadnień społecznych nauka prawa nie może za-
chowywać się biernie. Ale jako ścisła nauka musi ona
sięgnąć głębiej i starać się dotrzeć do pierwotnych
przyczyn dzisiejszego ukształtowania się stosunków spo-
łecznych, o ile prawo na to ukształtowanie wpływ miało.
Dla tego pozwoliliśmy sobie zwrócić w powyższych wy-
wodach uwagę na związek kwestyi o społecznem okre-
śleniu pojęcia własności jak pojęć prawnych wogóle
z kwestyą o źródłach prawa. A chociaż nowe pojęcie
własności podane przez Pinińskiego jest dopiero po-
czątkiem dalszej ewolucyi własności, to jednakże, na-
szem zdaniem, autor był upoważnionym do postawienia
takiej definicyi już *de lege lata*, ponieważ faktycznie treść
własności objawia się w wyłącznem gospodarskiem ko-
rzystaniu z rzeczy fizycznej. Potrzeba dalszego określe-
nia rozmaitych objawów i granic tego wyłącznego go-
spodarskiego korzystania nie może uczynić ujmy samej
definicyi.



